



Erklärung BAFU/BFE zum Rechtsgutachten Dr. P. Keller vom 5. April 2016 zum *Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken*

- Mit einer Konzession verleiht das verfügbare Gemeinwesen einer natürlichen oder juristischen Person das Recht, ein öffentliches Gut exklusiv für eine bestimmte Zeit zu nutzen. Anhand des Ausgangs- resp. Referenzzustands wird bei der Konzessionierung von neuen Anlagen der Umfang der zu leistenden Ersatzmassnahmen, welche gemäss den Vorgaben des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) zu leisten sind, bestimmt. Nach Ablauf der Konzessionsdauer fällt das Nutzungsrecht dahin und ein Anspruch des bisherigen Konzessionärs, dieses Recht noch einmal zu erlangen, besteht nicht. Deshalb wird zu diesem Zeitpunkt über die Konzession neu entschieden. Bei einer Konzessionserneuerung muss geprüft werden, ob und in welchem Umfang Ersatzmassnahmen zu leisten sind.
- Dr. P. Keller erhielt 2015 vom BAFU den Auftrag, im Hinblick auf Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken den Ausgangs- bzw. Referenzzustand für Ersatzmassnahmen nach Art. 18 Abs. 1ter NHG auszuleuchten. Er kommt in seinem Rechtsgutachten zum Schluss, dass sich der Referenzzustand primär daraus herleitet, wie am Ende der Konzession mit den Bauten der Anlage umzugehen ist. Dies ergibt sich aus den entsprechenden Regelungen in den auslaufenden Konzessionen bzw. aus den kantonalen Wasserrechtsgesetzen. Sofern dort nicht geregelt ist, wie am Ende einer Konzession mit den Bauten und Anlagen umzugehen ist, kommt die subsidiäre bundesrechtliche Sicherungspflicht (Art. 66 Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80) zur Anwendung. Das Ergebnis des Gutachtens ist für beide Ämter unbefriedigend. Das BFE kann sich der Auslegung der gesetzlichen Grundlagen und der Rechtsprechung durch den Gutachter und der Herleitung der gutachterlichen Schlussfolgerungen nicht anschliessen. Es ist klar der Ansicht, dass unter dem Ausgangs- bzw. Referenzzustand der Ist-Zustand zu verstehen ist. Für das BAFU ist in erster Linie das hinsichtlich des kantonalen Rechts heterogene Ergebnis des Gutachtens unbefriedigend.
- Das Gutachten enthält allerdings auch Hinweise auf einen gewissen Verhandlungsspielraum bei der Bestimmung von Ersatzmassnahmen für Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume in den Bereichen Natur und Landschaft anlässlich der Erneuerung einer Konzession. Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 20. November 2013 zur Mo. 13.3883 (NR Röstli) erklärt, dass bei Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken in der Praxis immer sinnvolle Lösungen gefunden worden seien, auch wenn es zum Teil nicht einfach sei, den Zustand vor dem Bau eines bereits bestehenden Kraftwerks abzuschätzen. In einigen Fällen, in denen der Ausgangszustand vor dem Bau der Anlage schwer zu ermitteln gewesen sei, sei das ökologische Potenzial des Gebietes vom Ist-Zustand aus abgeschätzt worden. Daraus seien in der Folge die notwendigen Massnahmen zugunsten von Natur und Landschaft abgeleitet worden. Der Bundesrat hielt fest, dass für die in der Vergangenheit – bei der Erteilung der früheren Konzession – erfolgten Eingriffe nicht rückwirkend Ersatzmassnahmen geleistet werden müssen. Insgesamt kommt der Bundesrat zum Schluss, dass sich diese Praxis seit rund 20 Jahren bewährt habe und vom Bundesgericht verschiedentlich bestätigt worden sei.
- Vor diesem Hintergrund wird von BAFU und BFE empfohlen, bei Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken der Ist-Zustand als Referenzzustand zu nehmen. Zusätzlich ist summarisch der ursprüngliche Zustand vor Errichtung des Werks im Umweltverträglichkeitsbericht darzustellen. Dieses Vorgehen soll insbesondere gewährleisten, dass solide Beurteilungsgrundlagen für die allfällige Anordnung von NHG-Ersatzmassnahmen anlässlich der Konzessionserneuerung zur Verfügung stehen und damit Projektverzögerungen vermieden werden. Es führt aber nicht dazu, dass ein Gesuchsteller im Bereich Natur und Landschaft Ersatzmassnahmen im Umfang der Differenz zwischen dem

Zustand nach Konzessionserneuerung und dem historischen Zustand zu leisten hat. Bei der Beurteilung der Angemessenheit von Ersatzmassnahmen nach Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG ist das ökologische Potenzial des vom Wasserkraftwerk betroffenen Gebietes bei der Wahl der Art der ökologischen Massnahme zu berücksichtigen. Beurteilungs-, Ermessens- und Verhandlungsspielräume sollen möglichst optimal genutzt werden, damit im Einzelfall sinnvolle und verhältnismässige Lösungen gefunden werden können.

Angesichts der heterogenen Ausgangslage und der Rechtsunsicherheit bei Konzessionserneuerungen werden die beiden Ämter eine Ergänzung des WRG vorschlagen. Danach ist bei Erneuerungen von Konzessionen im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen zu prüfen, welche ökologischen Massnahmen ein Konzessionär zusätzlich zu erbringen hat. Zudem soll als Ausgangspunkt der Ist-Zustand als Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen im Gesetz verankert werden.

30. Juni 2016

Bern, den 5. April 2016

Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken

Rechtsgutachten

zu Händen des Bundesamts für Umwelt

erstattet von

Dr. Peter M. Keller, Verwaltungsrichter, Bern

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage	
1.1. Problematik	4
1.2. Fragestellung	6
2. Der Begriff des «Ausgangszustands» in der Umweltverträglichkeitsprüfung	
2.1. Rechtsgrundlagen	8
2.2. Judikatur	9
2.3. Literatur	11
2.4. Folgerungen	12
3. Die Bedeutung des Konzessionsrechts für die Bestimmung des Referenzzustands bei Konzessionserneuerungen	
3.1. Konzessionierung von Wasserkraftwerken	
3.1.1. Bundesrechtliche Grundlagen	13
3.1.2. Kantonalrechtliche Grundlagen	16
3.2. Stilllegung von Wasserkraftwerken	
3.2.1. Bundesrechtliche Grundlagen	18
3.2.2. Kantonalrechtliche Grundlagen	19
3.3. Erneuerung von Konzessionen für Wasserkraftwerke	
3.3.1. Bundesrechtliche Grundlagen	21
3.3.2. Kantonalrechtliche Grundlagen	22
3.4. Folgerungen	23
4. Die Bedeutung des Natur- und Landschaftsschutzrechts für die Bestimmung des Referenzzustands bei Konzessionserneuerungen	
4.1. Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten im Naturschutzrecht	
4.1.1. Wiederherstellung von Eingriffen in Biotope	24
4.1.2. Regeneration und Aufwertung von Biotopen von nationaler Bedeutung	24
4.1.3. Ökologischer Ausgleich	26
4.1.4. Anlage von Ufervegetation	26
4.2. Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten im Landschaftsschutzrecht	
4.2.1. Wiederherstellung von Eingriffen in Landschaften	27
4.2.2. Aufwertung von Moorlandschaften von nationaler Bedeutung	28
4.3. Folgerungen	28
5. Umschreibung des Referenzzustands aufgrund eines fiktiven Stilllegungsprojekts	30

6. <i>Referenzzustand bei der Konzessionserneuerung des Etzelkraftwerks der SBB</i>	
6.1. Ausgangslage	33
6.2. Konzessionsrecht	34
6.3. Natur- und Landschaftsschutzrecht	36
6.4. Umschreibung des Referenzzustands	36
7. <i>Zusammenfassung</i>	38

1. Ausgangslage

1.1. Problematik

Bei der Erneuerung von Konzessionen für Wasserkraftwerke stellt sich die Frage, von welchem Ausgangs- bzw. Referenzzustand bei der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) sowie bei der Festlegung der Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen für Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume und Landschaften auszugehen ist.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 28. April 2000 zum Wasserkraftwerk Lungern erwogen, dass grundsätzlich die Situation in Rechnung zu stellen sei, die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe (im Einzelnen hinten Ziff. 2.2).

Im UVP-Handbuch¹ des Bundesamts für Umwelt (BAFU) wird zu dieser Frage Folgendes ausgeführt:²

«Der Ausgangszustand meint den vom Vorhaben noch nicht beeinflussten Umweltzustand mit seinen natürlichen Standortmerkmalen und seinen bestehenden Vorbelastungen. (...) Bei einer Konzessionserneuerung (...) ist der Ausgangszustand derjenige Zustand, der bestehen würde, wenn die frühere Konzession nie erteilt und die Anlage nie gebaut worden wäre.»

Die Aussagen im UVP-Handbuch werden von Seiten der Kraftwerksbetreiber kritisiert.³

Am 26. September 2013 reichte Nationalrat Albert Rösti eine Motion mit dem Titel «Ausbau der Wasserkraft zur Stromerzeugung und Stromspeicherung. Anpassung der Umweltverträglichkeitsprüfung» (13.3883)⁴ ein. Dieser parlamentarische Vorstoss verlangte dieses:

«Der Bundesrat wird beauftragt, die gesetzlichen Ausführungsbestimmungen so anzupassen, dass bei durch Neukonzessionierungen oder Änderungen von Wasserkraftkonzessionen erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfungen nicht vom ursprünglichen Zustand vor Bestehen des oft seit vielen Jahrzehnten konzessionierten Kraftwerks, sondern vom Ist-Zustand vor der beabsichtigten Neukonzessionierung bzw. Konzessionsänderung ausgegangen wird.»

¹ BUNDESAMT FÜR UMWELT, UVP-Handbuch, Richtlinie des Bundes für die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Vollzug Nr. 0923, Bern 2009.

² UELI ROTH, UVP-Handbuch (FN 1), Modul 5: Inhalt der Umweltberichterstattung, S. 21.

³ Z.B. KRAFTWERKE RECKINGEN AG, Neukonzessionierung Kraftwerk Reckingen, Untersuchungsrahmen bzw. Voruntersuchung für die Umweltverträglichkeitsprüfung, 29. September 2014, S. 7.

⁴ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133883; zuletzt besucht am 5. April 2016.

Die Motion Röstli ist wie folgt begründet:

«Die Erneuerung von auslaufenden Wasserkraftkonzessionen sowie wesentliche Änderungen während laufender Konzessionsdauer, z. B. im Hinblick auf eine bedeutende Erweiterung eines bestehenden Wasserkraftwerks, kommen materiell der Erteilung einer neuen Konzession gleich und erfordern daher eine umfassende Neuüberprüfung der Gesamtanlage, u. a. in Bezug auf die umweltrelevanten Auswirkungen. Umstritten ist nun, von welchem Ausgangs- bzw. Referenzzustand bei der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) sowie bei der Festlegung des Umfangs an Ersatzmassnahmen für Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume auszugehen ist. Die Gesetzesbestimmungen lassen diese Fragen offen. Eine konkrete Vorgabe findet sich erst im UVP-Handbuch des Bafu. Ohne nähere Begründung wird dort das Folgende festgehalten: "Bei einer Konzessionserneuerung, auf die kein Rechtsanspruch besteht, ist der Ausgangszustand derjenige Zustand, der bestehen würde, wenn die frühere Konzession nie erteilt und die Anlage nie gebaut worden wäre." Diese Praxis hat einschneidende Konsequenzen für die Wasserkraftnutzung. Die Tatsache, dass im Rahmen von Konzessionserneuerungen und wesentlichen Konzessionsänderungen nicht nur für neue Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume angemessener Ersatz geleistet werden muss, sondern zusätzlich auch für frühere Eingriffe, bei der Erstellung der ersten Anlage, hätte erhebliche Kostenfolgen und würde die Stromproduktion aus Wasserkraft massiv verteuern. Hinzu kommt, dass der ursprüngliche Zustand vor dem Bau der bestehenden Kraftwerksanlagen, der in den meisten Fällen mehrere Jahrzehnte zurückliegt, kaum ermittelt werden kann, was somit zwangsläufig zu Auslegungstreitigkeiten und langwierigen Verfahren führt. Um die vom Bundesrat beabsichtigte Steigerung der Stromproduktion aus Wasserkraft nicht unnötig zu bremsen, wäre es angemessen und sachlogisch, bei Umweltverträglichkeitsprüfungen in Zukunft vom bestehenden Ist-Zustand auszugehen.»

Der Bundesrat beantragt mit Stellungnahme vom 20. November 2013 die Ablehnung der Motion:

«Eine Konzession gibt einem Privaten das Recht, ein öffentliches Gut exklusiv für eine bestimmte Zeit zu nutzen. Nach Ablauf dieser Zeit fällt das Recht dahin, und ein Anspruch, dieses Recht noch einmal zu erlangen, besteht nicht. Deshalb wird nach Ablauf einer Wasserrechtskonzession über den Fortbestand der Anlage und die Konzession neu entschieden. Die Erneuerung oder Verlängerung einer Wasserrechtskonzession kommt daher einer Neukonzessionierung gleich.

Bei Konzessionserneuerungen nach Ablauf einer bestehenden Konzession kommen die heute geltenden Umweltvorschriften formell und materiell zur Anwendung (vgl. BGE 119 Ib 254 E. 5b). Dies bedeutet unter anderem, dass die heute geltenden Vorschriften über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP; Art. 10b-d USG, SR 814.01) zur Anwendung kommen müssen. Ebenso müssen für die Eingriffe in die Natur, welche eine Anlage während der zukünftigen Konzessionsdauer mit sich bringen wird, Ersatzmassnahmen nach Artikel 18 Absatz 1ter des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451) geleistet werden. Für die in der Vergangenheit - bei der Erteilung der früheren Konzession - erfolgten Eingriffe müssen hingegen nicht rückwirkend Ersatzmassnahmen geleistet werden.

Im Rahmen der UVP muss der Ausgangszustand vor Errichtung einer Anlage dargestellt werden. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil zum Wasserkraftwerk Lungern (BGE 126 II 283 E. 3c) festgestellt hat, ist bei der Erneuerung einer auslaufenden Konzession als Ausgangszustand derjenigen Situation Rechnung zu tragen, die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe. Das UVP-Handbuch trägt dieser Rechtslage Rechnung, indem darin empfohlen wird, als Ausgangszustand für die UVP den vom Vorhaben noch nicht beeinflussten Umweltzustand mit seinen natürlichen Standortmerkmalen und seinen damals bestehenden Vorbelastungen anzunehmen.

Auch wenn es zum Teil nicht einfach ist, den Zustand vor dem Bau eines bereits bestehenden Kraftwerks abzuschätzen, sind in der Praxis immer sinnvolle Lösungen gefunden worden. In einigen Fällen, in denen der Ausgangszustand vor dem Bau der Anlage schwer zu ermitteln war, ist das ökologische Potenzial des Gebietes vom Ist-Zustand aus abgeschätzt worden. Daraus sind in der Folge die notwendigen Massnahmen zugunsten von Natur und Landschaft abgeleitet worden. Diese Praxis hat sich seit rund 20 Jahren bewährt und ist vom Bundesgericht verschiedentlich bestätigt worden.

Der Bundesrat sieht daher keine Veranlassung, die gesetzlichen Ausführungsbestimmungen anzupassen.»

In den Räten wurde die Motion nicht innert zwei Jahren behandelt und deshalb abgeschrieben.

1.2. Fragestellung

Im Gutachten sollen gemäss Leistungsbeschreibung folgende Aspekte behandelt werden:

- «1. Aspekte des Konzessionierungsrechts bei Wasserkraftwerken, insb. Rechte und Pflichten nach Ablauf der Konzessionsdauer (z.B. Rückbau beim Verzicht auf die Wasserkraftnutzung, Verlängerung bzw. Erneuerung der Konzession und deren Folgen);
2. Frage der Konzessionserneuerung aus Sicht der UVP und des Natur- und Landschaftschutzes (inkl. Berücksichtigung BLN);
3. Frage des massgebenden Ausgangszustands für die Beurteilung der Auswirkungen auf Natur und Landschaft und für die Festlegung des Umfangs an Wiederherstellungs- und/oder Ersatzmassnahmen nach Art. 18 Abs. 1ter NHG bei Konzessionserneuerungen (vgl. Anhang III);
4. Vertiefte Betrachtung des massgebenden Ausgangszustands bei der Konzessionserneuerung des Etzelkraftwerks der SBB;
5. Schlussfolgerungen.»

Der im Leistungsbeschreibung genannte Anhang III enthält eine Zusammenstellung der aus Sicht des BAFU theoretisch möglichen Ausgangszustände für Ersatzmassnahmen bei Konzessionserneuerungen:

Betrachtungszustand	Berücksichtigung von hypothetischen Entwicklungen	Massgebender Ausgangszustand	Herleitung des Ausgangszustands	Zielzustand
Historischer Zustand	Ohne Berücksichtigung der nicht kraftwerksbedingten Eingriffe <u>und</u> ohne Berücksichtigung der Entwicklung, die ohne Kraftwerk hätte stattfinden können.	Tatsächlicher (natürlicher oder vorbelasteter) Zustand vor dem Bau des Kraftwerks (vor ca. 80 Jahren).	In den meisten Fällen kann man den Zustand eines Gebietes anhand von alten Karten, Fotos, historischen Vegetationsaufnahmen oder anhand des Vergleichs mit einem nicht beeinträchtigten Gebiet abschätzen.	Die konkrete Ausgestaltung der Ersatzmassnahmen orientiert sich am natürlichen oder vorbelasteten Zustand vor dem Kraftwerksbau.
Ist-Zustand ohne damaligen Kraftwerksbau	Mit Berücksichtigung der nicht kraftwerksbedingten Eingriffe <u>und</u> mit Berücksichtigung der hypothetischen Entwicklung, die ohne Kraftwerk hätte stattfinden können (z. B. Bautätigkeit oder Intensivierung der Landwirtschaft).	Heutiger vermuteter natürlicher oder vorbelasteter Zustand, falls das Kraftwerk nicht gebaut worden wäre.	In gewissen Fällen ist die Entwicklung, die ohne Kraftwerk stattgefunden hätte, einfach abzuschätzen, in anderen schwierig.	Die konkrete Ausgestaltung der Ersatzmassnahmen orientiert sich an einem heutigen Zustand, wie wenn das Kraftwerk nie gebaut worden wäre.
Ist-Zustand nach theoretischem Rückbau des Kraftwerks	Mit Berücksichtigung der nicht kraftwerksbedingten Eingriffe <u>und</u> mit Berücksichtigung der hypothetischen Entwicklung, die sich ohne Kraftwerk einstellen könnte.	Hypothetischer Zustand, der sich einige Zeit nach dem Abbrechen des Kraftwerks einstellen könnte. Zukünftiger Referenzzustand mit nicht kraftwerksbedingten Vorbelastungen.	Es kann relativ einfach abgeschätzt werden, welche Biotope sich nach Rückbau des Kraftwerks entwickeln bzw. entwickeln liessen.	Die konkrete Ausgestaltung der Ersatzmassnahmen orientiert sich an einem Zustand nach einem theoretischen Abbruch des Kraftwerks. Zum Vergleich dienen naturnahe Gewässerabschnitte in der Umgebung.
Ist-Zustand mit Kraftwerk		Ausgangszustand = heutiger Zustand		Keine Ersatzmassnahmen erforderlich.

2. Der Begriff des «Ausgangszustands» in der Umweltverträglichkeitsprüfung

2.1. Rechtsgrundlagen

Der UVP unterstehen Anlagen, welche Umweltbereiche erheblich belasten können, so dass die Einhaltung der Vorschriften über den Schutz der Umwelt voraussichtlich nur mit projekt- oder standortspezifischen Massnahmen sichergestellt werden kann (Art. 10a Abs. 2 des Umweltschutzgesetzes [USG]⁵). Eine UVP-Pflicht besteht damit für jene potenziell erheblich umweltbelastenden Anlagentypen, bei denen die Umweltschutzvorschriften in der Regel nur mit Massnahmen eingehalten werden können, die sich nicht standardisieren lassen, sondern im Einzelfall festzulegen sind. Vorhaben, die zur Einhaltung der Umweltgesetzgebung nur gängige Standardmassnahmen benötigen, unterstehen der UVP-Pflicht – anders als unter dem früheren Recht (inzwischen aufgehobener aArt. 9 Abs. 1 USG) – nicht mehr. Die Anlagentypen, die der UVP unterstehen, werden vom Bundesrat bezeichnet (Art. 10a Abs. 3 Satz 1 USG). Der UVP unterstellt sind konkret jene Anlagentypen, die im Anhang der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV)⁶ im Einzelnen aufgeführt sind, einige Anlagentypen generell, andere hingegen bloss ab einem bestimmten Schwellenwert (Art. 10a Abs. 3 Satz 1 USG i.V.m. Art. 1 UVPV).⁷ Zu den UVP-pflichtigen Anlagentypen zählen gemäss Anh. Nr. 21.3 UVPV «Speicher- und Laufkraftwerke sowie Pumpspeicherwerke mit einer installierten Leistung von mehr als 3 MW», also ab einer bestimmten Nennleistung der Anlage.⁸

Wer eine UVP-pflichtige Anlage erstellen will, muss der zuständigen Behörde einen Umweltverträglichkeitsbericht (UVB) unterbreiten, der die Grundlage der UVP bildet (Art. 10b Abs. 1 USG). Der UVB enthält alle Angaben, die zur Prüfung des Vorhabens nach den Vorschriften über den Schutz der Umwelt nötig sind (Art. 10b Abs. 2 Satz 1 USG) und wird nach den Richtlinien der Umweltschutzfachstellen erstellt (Art. 10b Abs. 2 Satz 2 Einleitungssatz USG). Zu den Punkten, die der UVB zu umfassen hat, gehört unter anderen der Ausgangszustand (Art. 10b Abs. 2 Satz 2 Bst. a USG; so bereits aArt. 9 Abs. 2 Satz 2 Bst. a USG).

⁵ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

⁶ Verordnung vom 19. Oktober 1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011).

⁷ Zum Ganzen PETER M. KELLER, UVP-Handbuch (FN 1), Modul 2: UVP-Pflicht von Anlagen, S. 2.

⁸ KELLER, UVP-Handbuch (FN 1), S. 6.

In der Botschaft des Bundesrates zum USG vom 31. Oktober 1979 ist zum Begriff des Ausgangszustands zu lesen, dass der UVB «vom ursprünglichen Zustand der Umwelt» ausgeht (BBl 1979 749, 786 unten). Im Parlament wurde aArt. 9 Abs. 2 Satz 2 Bst. a USG nicht diskutiert. Durch die Revision des UVP-Rechts vom 20. Dezember 2006, in Kraft seit 1. Juli 2007, wurde die Bestimmung in Art. 10b Abs. 2 Satz 2 Bst. a USG überführt, aber nicht verändert.⁹

2.2. *Judikatur*

Mit dem Begriff des Ausgangszustands im Sinne von aArt. 9 Abs. 2 Bst. a USG befasste sich das Bundesgericht erstmals im Jahr 1998 im Zusammenhang mit der Rahmenkonzession für den Ausbau des Flughafens Zürich. Dabei umschrieb es diesen als «Prognose darüber (...), wie sich die Umweltverhältnisse ohne das fragliche Vorhaben weiterentwickeln werden» (BGE 124 II 293 E. 12 = URP 1998 658). Konkret ging es dabei um die Einschätzung der künftigen Entwicklung des Verkehrsaufkommens ohne Ausbau der Flughafenanlage (dazu E. 14 S. 325 des genannten Urteils). Das Verständnis des Ausgangszustands als Prognose über die Entwicklung der Umweltverhältnisse ohne Realisierung einer Anlage bestätigte das Bundesgericht seither in mehreren Entscheiden, jeweils mit Blick auf die Luftschadstoffbelastung (BGE 126 II 522 E. 18 S. 544 = URP 2001 117 betr. Flughafen Zürich; BGE 131 II 103 E. 2.1.1 = URP 2005 228 betr. Erweiterung des Einkaufszentrums «Seedamm-Center» Pfäffikon; BGer 1A.125/2005 vom 21.9.2005, E. 6.2 und 8.2 = URP 2006 151 betr. Einrichtungshaus Ikea Spreitenbach, BGer 1A.318/2005 vom 27.2.2007, E. 4 = URP 2007 474 betr. Einkaufszentrum «Länderpark» Stans). Dabei präzisierte das Bundesgericht, dass im UVB über die Erweiterung einer bestehenden Anlage die Emissionen der Altanlage bei der Beschreibung des Ausgangszustands einzubeziehen sind (BGer 1A.318/2005 vom 27.2.2007, E. 4 = URP 2007 474, mit Hinweisen auf die soeben zitierten weiteren Urteile). All diese Urteile beschreiben den Ausgangszustand mit Blick auf die Prüfung der fraglichen Anlagen unter dem Gesichtspunkt der *Luftreinhaltung*, etwa zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Erweiterung eines Einkaufszentrums um eine neue Anlage im Sinne von Art. 2 Abs. 4 der Luftreinhalteverordnung (LRV)¹⁰ handelt (so BGE 131 II 103 E. 2.1.1 = URP 2005 228 und BGer 1A.318/2005 vom 27.2.2007, E. 4 = URP 2007 474). Die entsprechenden Aussagen des Bun-

⁹ Vgl. CHRISTOPH JÄGER, Das schweizerische Umweltschutzgesetz, Rechtsprechung von 2006–2010, URP 2012 409 ff., 434 FN 17; REINHARD ZWEIDLER, Vereinfachung der UVP – Präzisierung des Verbandsbeschwerderechts, URP 2007 520 ff., 528.

¹⁰ Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1).

desgerichts zum Begriff des Ausgangszustands können nicht ohne Weiteres auf Wasserkraftwerke übertragen werden, weil bei deren Errichtung und Betrieb Fragen aus anderen Bereichen des Umweltrechts, insbesondere solche zum Gewässerschutz, zum Natur- und Landschaftsschutz und zur Walderhaltung, im Vordergrund stehen. Ausserdem ist dabei auch den Besonderheiten des Konzessionsrechtsverhältnisses Rechnung zu tragen.

Zum Ausgangszustand mit Bezug auf den Ausbau des Lungerersee-Wasserkraftwerks äusserte sich das Bundesgericht im Jahr 2000 wie folgt (BGer 1A.59/1995 vom 28.4.2000, E. 3c = URP 2000 691):

«Mit Ausgangszustand meint Art. 9 Abs. 2 lit. a USG grundsätzlich den Zustand der Umwelt ohne das Vorhaben, d.h. den natürlichen Zustand einschliesslich der Vorbelastungen, die sich von dritter Seite ergeben. Darzustellen ist der Ausgangszustand, soweit er vom Vorhaben beeinflusst werden kann (Heribert Rausch, a.a.O., N. 79 zu Art. 9 USG). Vorliegend kann Ausgangszustand entgegen der Auffassung von Vorinstanz und Beschwerdegegner nicht einfach der mit der Konzession von 1983 bewilligte Zustand sein. Es ist auch in Rechnung zu stellen, dass die Konzession von 1983 gemäss ihrem Art. 2 am 31. Dezember 2041 auslaufen wird. Wohl ist daher dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das heutige Stauregime bis Ende 2041 rechtskräftig konzedierte ist und - ausser im Rahmen einer neuen Konzession, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat - nicht ohne Eingriff in wohlerworbene Rechte beschränkt werden kann. Andererseits kann nicht unbeachtet bleiben, dass dieses Stauregime (mit den vorgesehenen Änderungen) gemäss der neuen Konzession bis gegen Ende des 21. Jahrhunderts, also um 50 bis 60 weitere Jahre, verlängert wird. Diese Frist ergibt sich daraus, dass die neue Konzession für eine Dauer von 80 Jahren erteilt wird und mit ihrem Inkrafttreten realistischweise nicht vor Ablauf von 10 bis 20 Jahren zu rechnen ist.

Sofern keine neue Konzession erteilt wird, besteht indessen ab 2041 die Möglichkeit, auf eine Nutzung der Wasserkraft zu verzichten oder jedenfalls die Bedingungen grundsätzlich neu auszuhandeln. Unter Umweltschutzgesichtspunkten wäre heute bei der Erneuerung einer auslaufenden Konzession als Ausgangszustand die Situation in Rechnung zu stellen, die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe. Ob dies bei allen Wasserkraftwerken so anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Vorliegend wäre eine solche Betrachtungsweise deshalb sachgerecht, weil der Lungerersee natürlicherweise vorhanden ist und erst durch die Schaffung des künstlichen Abflusses im 19. Jahrhundert eine Absenkung erfolgte, die seit der Nutzung als Stausee nach 1921 teilweise rückgängig gemacht wurde. Die ganzjährige Belassung des Sees entspräche mithin dem natürlichen Zustand, wie er mit relativ geringem Aufwand wieder hergestellt werden könnte.

In die Beurteilung des Eingriffs in die Landschaft ist daher unter dem Titel Ausgangszustand beides einzubeziehen: der heutige Zustand, der bis 2041 vorgegeben ist, sowie der natürliche Zustand, der rechtlich ab diesem Zeitpunkt möglich ist.»

Das Bundesgericht umschreibt in diesem Urteil den Ausgangszustand grundsätzlich als «Zustand der Umwelt ohne das Vorhaben, d.h. den natürlichen Zustand einschliesslich der Vorbelastungen, die sich von dritter Seite ergeben». Beim Ausbau eines Wasserkraftwerks sei in Betracht zu ziehen, dass das Konzessionsrechtsverhältnis befristet sei und zu einem bestimmten Zeitpunkt (vorliegend im Jahr 2041) auslaufen wird. Dabei präzisiert das Bundesgericht, dass «bei der Erneuerung einer auslaufenden Konzession als Ausgangszustand die Situation in Rechnung zu stellen (wäre), die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe».

2.3. Literatur

YVES NICOLE beschreibt in seiner Dissertation über die UVP¹¹ den Ausgangszustand («l'état initial») als «l'état de l'environnement sans l'installation projetée» mit dem Standort, dessen Umweltzustand und seinen Vorbelastungen. Massgebend sei nicht der aktuelle Zustand zum Zeitpunkt der Erstellung des UVB, sondern jener zum Zeitpunkt der Erstellung der Anlage.

Im Kommentar USG bezeichnen HERIBERT RAUSCH/PETER M. KELLER den Ausgangszustand als «Ist-Zustand» und umschreiben diesen in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung als den «vom Vorhaben noch nicht beeinflussten Umweltzustand mit seinen natürlichen Standortmerkmalen und seinen Vorbelastungen». Massgebend sei «der Zeitpunkt, in dem sich die dem Vorhaben zuzurechnenden Belastungen auszuwirken beginnen, dies aber nicht als blosser Momentaufnahme, sondern unter Einbezug der voraussichtlichen künftigen Entwicklung». Bei einer Konzessionserneuerung sei «neben dem aktuellen Zustand auch der natürliche Zustand zu beschreiben, der bestehen würde, wenn die Konzession nie erteilt oder nie genutzt worden wäre».¹²

ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH betonen im Ergänzungsband zum Kommentar USG, dass beim Ausbau eines bestehenden Einkaufszentrums «als Ausgangszustand nicht der Zustand, der ohne diese Anlage bestünde, sondern der vor dem Ausbau bestehende Zustand zu gelten» habe. Bei der Neuregelung eines Konzessionsverhältnisses sei «auch der natürliche Zustand (ohne Vorbelastung) darzustellen» (Hervorhebung durch die genannten Autoren).¹³

Im Commentaire LPE beschreibt ANDRÉ JOMINI den Ausgangszustand als «description de l'environnement alors qu'il n'est pas encore influencé par le projet (caractéristiques naturelles du site, nuisances préexistantes)». Dabei müsse absehbaren massgeblichen Entwicklungen bis zur Realisierung des Vorhabens Rechnung getragen werden.¹⁴

¹¹ YVES NICOLE, L'étude d'impact dans le système fédéraliste suisse, Diss. Lausanne 1992, S. 223.

¹² HERIBERT RAUSCH/PETER M. KELLER, Kommentar USG, 2. Auflage, Art. 9 N 79.

¹³ ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH, Kommentar USG, Ergänzungsband, Art. 10b N 10.

¹⁴ ANDRÉ JOMINI, Commentaire LPE, Art. 10b N 17.

2.4. Folgerungen

Aus der Analyse von Rechtsgrundlagen, Judikatur und Literatur zum Begriff des «Ausgangszustands» in der UVP ergibt sich einmal, dass beim Neubau von Anlagen vom Zustand vor der Erstellung der Anlage und beim Ausbau von bestehenden Anlagen vom Zustand vor dem Ausbau auszugehen ist.

Da die Erneuerung von Wasserkraftwerken konzessionsrechtlich nicht als Weiterführung eines bestehenden Werkes, allenfalls unter angepassten Rahmenbedingungen (z.B. bezüglich der Restwassermengen), angesehen wird, sondern der Neukonzessionierung gleichgestellt wird (dazu hinten Ziff. 3.3.1), erscheint der Schluss des Bundesgerichts im Urteil Lungernersee folgerichtig, «bei der Erneuerung einer auslaufenden Konzession als Ausgangszustand die Situation in Rechnung zu stellen, die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe».

Für die Umschreibung des «Ausgangszustands» eines zu erneuernden Wasserkraftwerks in der UVP ist somit darauf abzustellen, welche Wiederherstellungsmassnahmen bei der Stilllegung eines Wasserkraftwerks aufgrund des Konzessionsrechts zu leisten sind (dazu hinten Ziff. 3.4) und welche Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten sich darüber hinaus aus dem Natur- und Landschaftsschutzrecht ergeben (dazu hinten Ziff. 4).

3. Die Bedeutung des Konzessionsrechts für die Bestimmung des Referenzzustands bei Konzessionserneuerungen

3.1. Konzessionierung von Wasserkraftwerken

3.1.1. Bundesrechtliche Grundlagen

Aufgrund von Art. 76 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV)¹⁵ legt der Bund Grundsätze fest über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung. Dabei beschränkt sich die Regelung im Wasserrechtsgesetz (WRG)¹⁶ auf die Wasserkraftnutzung in öffentlichen Gewässern und umfasst insbesondere ein «eingehend normiertes» Konzessionssystem.¹⁷

Das verfügbare Gemeinwesen kann die Wasserkraft gemäss Art. 3 Abs. 1 WRG selbst nutzbar machen oder das Recht zur Benutzung andern verleihen; dabei kann die Einräumung des Nutzungsrechts an ein Gemeinwesen nach Abs. 2 dieser Bestimmung durch Konzession oder auch in anderer Form erfolgen.

Das Recht zur Verleihung von Wasserrechten steht – mit Ausnahme von Wasserrechten an Gewässerstrecken, die die Landesgrenze berühren bzw. für sog. Grenzkraftwerke – den Kantonen zu (Art. 38 Abs. 1 und 3 WRG). Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers (Art. 43 Abs. 1 WRG).

Konzessionen sollen gemäss Art. 54 WRG über deren obligatorischen Inhalt insbesondere den Umfang des verliehenen Nutzungsrechts mit Angabe der nutzbaren Wassermenge und der Dotierwassermenge sowie der Art der Nutzung (Bst. b), weitere Bedingungen und Auflagen gestützt auf andere Bundesgesetze (Bst. d), die Dauer der Konzession (Bst. e), die dem Konzessionär auferlegten wirtschaftlichen Leistungen wie Wasserzins (Bst. f), die Beteiligung des Konzessionärs am Unterhalt und an der Korrektur des Gewässers (Bst. g), das allfällige

¹⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁶ Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG; SR 721.80).

¹⁷ ARNOLD MARTI, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 76 N 14.

Recht auf Beanspruchung des Heimfalls (Bst. i) sowie das Schicksal der Anlagen beim Ende der Konzession (Bst. k) bestimmen.¹⁸

Zu den Bedingungen und Auflagen gestützt auf andere Bundesgesetze, die gemäss Art. 54 Bst. d WRG zum obligatorischen Inhalt der Wasserrechtskonzession gehören, zählen auch jene, die sich aus dem Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG)¹⁹ und den zugehörigen Bundesverordnungen ergeben. Dabei geht es um die verschiedenen Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten, die im Natur- und Landschaftsschutzrecht des Bundes verankert sind (z.B. Verpflichtungen zum Schutz, zur Wiederherstellung und zum Ersatz von Biotopen nach Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG; dazu im Einzelnen hinten Ziff. 4).²⁰

Zum obligatorischen Inhalt der Wasserrechtskonzession gehören gemäss Art. 54 Bst. f WRG ebenfalls dem Konzessionär auferlegte wirtschaftliche Leistungen wie Wasserzins, Abgabe von Wasser oder elektrischer Energie und andere Leistungen, die sich nach Massgabe besonderer Vorschriften aus der Nutzung der Wasserkraft ergeben. Weitere Leistungen zu Gunsten von Natur und Landschaft lassen sich auf diese Bestimmung stützen, sofern kantonale Gesetzesnormen solche vorsehen und wenn sie mit der Wasserkraftnutzung in engem Zusammenhang stehen.

Wasserrechtskonzessionen können auch andere als die gesetzlich vorgeschriebenen Bestimmungen enthalten. Die in Art. 55 WRG über den fakultativen Inhalt der Konzession ausdrücklich genannten Beispiele betreffen den Natur- und Landschaftsschutz zwar nicht. Angesichts der ausdrücklich nicht abschliessenden Aufzählung (Einleitung mit der Wendung «insbesondere») erscheint es dennoch zulässig, in der Konzession auch Massnahmen zugunsten des Natur- und Landschaftsschutzes vorzusehen, die weder auf Bundes- noch auf kantonaler Ebene gesetzlich vorgeschrieben sind. Da kein Anspruch auf die Erteilung der Konzession besteht, ist eine gesetzliche Grundlage dazu nicht nötig; bei einer Konzessionserneuerung ist immerhin in Rechnung zu stellen, welche Leistungen zu Gunsten von Natur und Landschaft der Konzession

¹⁸ Bst. k über das Schicksal der Anlagen beim Ende der Konzession wurde erst mit der Gesetzesrevision vom 13. Dezember 1996 (in Kraft seit 1. Mai 1997) in Art. 54 WRG eingefügt. Bis dahin gab es dazu in den Wasserrechtskonzessionen oft keine Bestimmungen, was gemäss Botschaft des Bundesrats über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. August 1995 «vielfach praktische Probleme und Unsicherheiten zur Folge hatte» (BBl 1995 IV 991 ff., 1011).

¹⁹ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451).

²⁰ BGer 1C_67/2011 vom 19. April 2012, E. 9.1 und 9.4, Hinweis in URP 2013 72; BGer 1C_297/2008 vom 20. Februar 2009, E. 6; ENRICO RIVA, Wasserkraftanlagen: Anforderungen an die Vollständigkeit und Präzision des Konzessionsentscheids, URP 2014 1, S. 15, 18 ff. und 23 mit weiteren Hinweisen.

sionär unter dem bisherigen Konzessionsverhältnis bereits erbracht hat. Entsprechende Verpflichtungen müssen mit der Wasserkraftnutzung ebenfalls in engem Zusammenhang stehen.²¹

Die Anordnung von Verpflichtungen zulasten des Konzessionärs muss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen (Art. 5 Abs. 2 BV). Zu beachten ist zudem, dass aufgrund von Art. 48 Abs. 2 WRG die gesamten Leistungen des Konzessionärs die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren dürfen. Im Interesse der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte sollen mit dieser Bestimmung die Ansprüche an den Konzessionär insgesamt begrenzt werden;²² es soll ein finanzielles Gleichgewicht hergestellt werden zwischen dem Wert des zur Nutzung konzedierte Wassers und jenem der Gegenleistungen des Konzessionärs.²³ Zum Ausdruck kommt diese Begrenzung der Gesamtleistungen, die dem Konzessionär auferlegt werden können, auch in Art. 48 Abs. 3 WRG: Werden dem Bewerber Leistungen zugemutet, welche die Ausnutzung der Wasserkräfte wesentlich erschweren, kann das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nach Anhörung des Kantons bestimmen, welche Leistungen ihm über den Wasserzins und die Gebühren hinaus höchstens auferlegt werden dürfen.

Das WRG sieht somit sowohl Möglichkeiten als auch Grenzen der Belastung des Konzessionärs mit weiteren Verpflichtungen vor. Leistungen zugunsten von Natur und Landschaft sind nach dem Gesagten zu verlangen, soweit sie bundes- oder kantonrechtlich vorgeschrieben sind. Denkbar ist sodann, dass dem Konzessionär darüber hinausgehende fakultative Leistungen auferlegt werden können, die im Zusammenhang mit der Wasserkraftnutzung stehen. Zumindest dafür, allenfalls auch für kantonrechtlich vorgeschriebene Belastungen, bestehen jedoch auch Grenzen. Verpflichtungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben, können jedoch nicht mit Verweis auf Art. 48 Abs. 2 und 3 WRG beschränkt werden.

Im Zusammenhang mit dem Natur- und Landschaftsschutz ist Art. 22 WRG von besonderer Bedeutung. Naturschönheiten sind gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten. Die Wasserwerke

²¹ RICCARDO JAGMETTI, *Energierrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band VII, Basel 2005, S. 443 N 4231.

²² BGE 109 Ia 134 E. 5a und d; KARL GEISER/J. J. ABBÜHL/FRITZ BÜHLMANN, *Kommentar WRG*, Zürich 1921, S. 179.

²³ JACQUES FOURNIER, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Diss., Fribourg 2002, S. 204 ff. mit Hinweisen.

sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören (Abs. 2). Gemäss Art. 39 WRG berücksichtigt die Behörde sodann bei ihrem Entscheid das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen. Die von dieser Bestimmung geforderte umfassende Interessenabwägung kann nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts gebieten, auf die Fassung eines Fliessgewässers ganz zu verzichten (BGE 140 II 262 E. 5.2 a.E. = URP 2014 351 betr. Kleinwasserkraftwerk Obergoms). Erst recht darf gestützt auf Art. 22 und 39 WRG gefordert werden, dass die Konzession Bestimmungen über die Wiederherstellung von Natur, Landschaft und Gewässer nach der Stilllegung eines Wasserkraftwerks enthält.

Gemäss Art. 57 WRG kann der Bundesrat innerhalb der Schranken dieses Gesetzes Normalbestimmungen für die Konzessionen oder bestimmte Arten derselben aufstellen, die den Verleihungsbehörden zur Regel dienen sollen. Gedacht war dabei an ein unverbindliches Muster mit dem Zweck, eine gewisse Einheitlichkeit der Wasserrechtskonzessionen herbeizuführen.²⁴ Derartige Bestimmungen über die Normalkonzession hat der Bundesrat jedoch nicht erlassen.

Als Muster können stattdessen immerhin die Konzessionen dienen, die das UVEK aufgrund von Art. 38 Abs. 3 WRG für Wasserkraftwerke an Gewässerstrecken erteilt, die die Landesgrenze berühren. So sieht etwa die Konzession für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Riburg und Schwörstadt vom 29. Oktober 2010 in Art. 34 Abs. 3 die Verpflichtung des Kraftwerkunternehmens vor, bei Beendigung der Konzession «auf seine Kosten und nach Weisung der Behörden den den öffentlichen Interessen entsprechenden Zustand herzustellen». Soweit dies wesentliche bauliche Veränderungen bedingt, werden sie von den Behörden der Schweiz und der zuständigen ausländischen Behörde – hier des Landes Baden-Württemberg – gemeinsam angeordnet.

3.1.2. *Kantonalrechtliche Grundlagen*

Entsprechende Normen finden sich in den Gesetzgebungen der Kantone Aargau, Schaffhausen, Zug und Zürich:

²⁴ GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN (FN 22), S. 193.

Gemäss § 7 Abs. 1 des Wassernutzungsgesetzes (WnG)²⁵ des Kantons *Aargau* bestimmt die Konzession die Verpflichtungen bei der Beendigung. Enthält die Konzession keine Regelung über den Rückbau, so gelten die Verpflichtungen der Konzessionäre, die sich aus § 22 WnG ergeben (dazu hinten Ziff. 3.2.2).

Auch im Kanton *Schaffhausen* müssen aufgrund von Art. 10 Abs. 1 des Wasserwirtschaftsgesetzes²⁶ die Verpflichtungen bei Beendigung des Nutzungsrechts in der Konzession bestimmt werden.

Der Kanton *Zug* sieht in § 43 Abs. 1 Bst. c seines Gewässergesetzes (GewG)²⁷ vor, dass die Konzession Regelungen über die Sicherungs- und Wiederherstellungsarbeiten nach deren Ablauf enthält (Satz 1). Die Konzessionärin oder der Konzessionär kann verpflichtet werden, für diese Arbeiten Sicherheit zu leisten (Satz 2).

§ 50 des Wasserwirtschaftsgesetzes (WWG)²⁸ des Kantons *Zürich* regelt, dass die Konzession die Verhältnisse und Verpflichtungen bei Beendigung des Nutzungsrechts bestimmt. § 56 Abs. 1 WWG legt sodann fest, dass der Inhaber oder Eigentümer des Betriebsgrundstücks die vorgeschriebenen Massnahmen ergreift, die durch die Stilllegung des Werkes sowie die Herbeiführung des natürlichen Gewässerzustands nötig werden, wenn die Anlagen nach Erlöschen der Konzession nicht weiter benutzt werden.²⁹

Keine Anforderungen an den Inhalt von Konzessionen betreffend Massnahmen zur Wiederherstellung von Natur, Landschaft und Gewässer nach der Stilllegung eines Wasserkraftwerks kennen die weiteren untersuchten Kantone, nämlich *Bern, Genf, Graubünden, Luzern, Obwalden, Schwyz, Tessin, Waadt und Wallis*. Diese Kantone verfügen dafür in ihrer Gesetzge-

²⁵ Wassernutzungsgesetz vom 11. März 2008 (WnG; SAR 764.100).

²⁶ Wasserwirtschaftsgesetz vom 18. Mai 1998 (SHR 721.100).

²⁷ Gesetz vom 25. November 1999 über die Gewässer (GewG; BGS 731.1).

²⁸ Wasserwirtschaftsgesetz vom 2. Juni 1991 (WWG; LS 724.11).

²⁹ Im Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 28. Januar 2015 für ein neues Wassergesetz (WsG) wird vorgeschlagen, dass die Konzession weiterhin die Verhältnisse und Verpflichtungen bei Beendigung des Nutzungsrechts bestimmt (§ 59 Abs. 1 WsG). Unter dem Titel «Schutzmassnahmen» soll in § 64 Abs. 1 WsG künftig von Verpflichtungen zu Hochwasserschutz-, Revitalisierungs-, Unterhalts- oder Gewässerschutzmassnahmen die Rede sein, zu denen die Inhaberin oder der Inhaber der Konzession verpflichtet werden kann. In § 70 Abs. 1 WsG wird für den Fall der Stilllegung nochmals betont, dass die Inhaberin oder der Inhaber der Konzession im Fall die vorgeschriebenen Massnahmen ergreift (Regierungsratsbeschluss Nr. 74/2014, Beilage zur Medienmitteilung vom 19.2.2015, abrufbar unter www.zh.ch, zuletzt besucht am 28.5.2015).

bung alle über entsprechende materielle Verpflichtungen der Konzessionäre (dazu hinten Ziff. 3.2.2).

3.2. Stillelegung von Wasserkraftwerken

3.2.1. Bundesrechtliche Grundlagen

Konzessionen für die Wasserkraftnutzung werden auf eine Dauer von höchstens 80 Jahren erteilt (Art. 58 Satz 1 WRG). Erfolgt keine Konzessionserneuerung (dazu hinten Ziff. 3.3), so erlöscht die Konzession durch Ablauf ihrer Dauer (Art. 64 Bst. a WRG). Das Schicksal der Anlagen beim Ende der Konzession richtet sich in erster Linie nach deren Bestimmungen (vgl. Art. 54 Bst. i und k WRG). Ist der Heimfall, also die Übernahme durch das verleihende Gemeinwesen vereinbart, ist der Konzessionär verpflichtet, die Anlagen in betriebsfähigem Zustand zu erhalten (Art. 67 Abs. 3 WRG). Dabei gibt die Vereinbarung des Heimfalls dem Gemeinwesen das Recht, das Wasserkraftwerk nach Erlöschen der Konzession zu übernehmen, ohne dass allerdings eine entsprechende Pflicht bestehen würde.³⁰ Sollen die Anlagen nach Ablauf der Konzession nicht weiter benutzt werden, ist der Konzessionär vorbehaltlich anderer Regelung in der Konzession verpflichtet, die Sicherungsarbeiten vorzunehmen, die durch das Eingehen des Werks nötig werden (Art. 66 WRG).

Gemäss dem WRG-Kommentar von GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN sollte dem Konzessionär nach den ersten Gesetzesentwürfen im Fall der Stilllegung des Werks «eine Pflicht zur Wegräumung der im Gewässer erstellten Bauten überbunden werden, so dass alles wieder in den vorherigen Stand versetzt würde». Beschlossen wurde schliesslich eine Beschränkung auf die Vornahme der nötigen Sicherungsarbeiten, weil der vollständige Abbruch des Werks und die Wiederherstellung des früheren Zustands als «oft unmöglich oder viel zu kostspielig» angesehen wurde und das Wehrfundament «unter Umständen eher nützlich als schädlich sein» könne. Die Bestimmung von Art. 66 WRG sei deshalb auf jene Wasserbauten ausgerichtet worden, die den «regulären Wasserlauf» hemmten.³¹

³⁰ JAGMETTI (FN 21), S. 521 N 4604.

³¹ GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Kommentar WRG (FN 22), S. 202.

3.2.2. Kantonalrechtliche Grundlagen

Zahlreiche Kantone sehen für den Fall der Stilllegung Verpflichtungen des Konzessionärs vor, die über jene des Bundesrechts hinausgehen und – so RICCARDO JAGMETTI in seinem Grundlagenwerk zum Energierecht – «bis zum Abbruch des Werkes und zur Wiederherstellung des vorherigen Gewässerzustandes reichen können»:³²

Endet das Nutzungsrecht, so hat die nutzungsberechtigte Person nach § 22 WnG des Kantons *Aargau* für den Rückbau zu sorgen. Soweit die Konzession nichts anderes bestimmt (dazu vorne Ziff. 3.1.2), hat sie den ursprünglichen Zustand auf ihre Kosten wiederherzustellen.

Gemäss der Regelung von Art. 30 Abs. 1 des Wassernutzungsgesetzes (WNG)³³ haben die Nutzungsberechtigten im Kanton *Bern* auf ihre Kosten alle Massnahmen zu treffen, die zur Stilllegung oder zum Abbruch des Werkes sowie zur Wiederherstellung des vorherigen Gewässerzustands nötig sind. Dabei werden die erforderlichen Massnahmen vom zuständigen kantonalen Amt verfügt (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 WNG).

Art. 37 des Gewässergesetzes des Kantons *Genève*³⁴ bestimmt Folgendes:

Lorsque l'utilisation prend fin, pour quelque cause que ce soit, le bénéficiaire est tenu, à la demande de l'autorité compétente, de procéder à la suppression ou à la démolition totale ou partielle des ouvrages et des installations, ainsi qu'à la remise en état des lieux.

Art. 42 Abs. 5 des Wasserrechtsgesetzes des Kantons *Graubünden* (BWRG)³⁵ hält fest, dass der Konzessionär verpflichtet ist, auf seine Kosten die nötig werdenden Sicherungs- und Wiederherstellungsarbeiten vorzunehmen, wenn dessen Anlagen ganz oder teilweise nicht weiterbenutzt werden.

Im Kanton *Luzern* bestimmt der Regierungsrat gemäss § 24 des Wassernutzungs- und Wasserversorgungsgesetzes (WNVG)³⁶ die notwendigen Massnahmen nach Erlöschen der Konzession, sofern in der Konzession nichts anderes festgelegt ist (Satz 1). Er kann Sicherungs- und Wiederherstellungsarbeiten verlangen (Satz 2).

³² JAGMETTI (FN 21), S. 524 N 4613.

³³ Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41).

³⁴ Loi du 5 juillet 1961 sur les eaux (LEaux-GE; rs/GE L 2 05).

³⁵ Wasserrechtsgesetz vom 12. März 1995 (BWRG; BR 810.100).

³⁶ Wassernutzungs- und Wasserversorgungsgesetz vom 20. Januar 2003 (WNVG; SRL 770).

Der Kanton *Obwalden* sieht in Art. 43 Abs. 3 des Wasserbaugesetzes³⁷ vor, dass der Regierungsrat nach Anhören des Gemeinderats verfügt, welche Sicherstellungs- und Wiederherstellungsarbeiten der Konzessionär oder die Konzessionärin nach Erlöschen der Konzession auf seine bzw. ihre Kosten auszuführen hat, soweit die Konzession nichts anderes bestimmt.

§ 36 Abs. 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes des Kantons *Schwyz*³⁸ ordnet an, dass der Konzessionär nach Beendigung der Konzession den früheren Zustand der Wasserentnahme- und -rückgabestelle wieder herzustellen hat.

Der Kanton *Tessin* kennt in Art. 14 Abs. 1 seines Wassernutzungsgesetzes³⁹ folgende Verpflichtungen des Konzessionärs:

Nel caso di decadenza o estinzione della concessione, il concessionario è tenuto a far eseguire, a proprie spese e per ordine delle autorità, tutte le opere atte a ristabilire e garantire il buon regime delle acque e ad impedire qualsiasi danno.

Art. 19 Abs. 1 des Wassernutzungsgesetzes des Kantons *Waadt*⁴⁰ bestimmt Folgendes:

Le concessionnaire dont la concession s'éteint ou devient caduque est tenu de canceler sa prise d'eau, de faire disparaître celles de ses installations sises sur le domaine public qui ont perdu toute utilité, et de remettre en bon état celles utiles à la conservation du cours d'eau qui doivent subsister, le tout conformément aux directions du département.

Der Kanton *Wallis* kennt in seinem Wassernutzungsgesetz⁴¹ eine ähnliche Norm wie der Kanton Graubünden. Art. 50 Abs. 2 des genannten Gesetzes bestimmt unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Vorschriften, dass der Konzessionär verpflichtet ist, wenigstens die Sicherungs- und Wiederherstellungsarbeiten vorzunehmen, die durch das Stilllegen des Werkes nötig werden, sofern die Anlagen in Zukunft nicht weiterbenutzt werden.

Keine Regelungen über materielle Verpflichtungen des Konzessionärs im Fall der Stilllegung des Werks kennen die Kantone *Schaffhausen*, *Zürich* und *Zug*, die dafür Bestimmung über entsprechende Konzessionsinhalte vorsehen (vgl. vorne Ziff. 3.1.2). Allerdings legt die Über-

³⁷ Gesetz vom 31. Mai 2001 über den Wasserbau und die Wassernutzung (Wasserbaugesetz; GDB 740.1).

³⁸ Wasserrechtsgesetz vom 11. September 1973 (SRSZ 451.100).

³⁹ Legge del 7 ottobre 2002 sull'utilizzazione delle acque (RL 9.1.6.1).

⁴⁰ Loi du 5 septembre 1944 sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public (LLC; RSV 731.01).

gangsregelung von § 95 Abs. 5 Bst. a GewG des Kantons Zug für den Fall des Fehlens von entsprechenden Bestimmungen in altrechtlichen Konzessionen fest, dass die Behörde vor Konzessionsende verfügt, welche Sicherungs- und Wiederherstellungsmassnahmen die Konzessionärin oder der Konzessionär nach Ablauf der Konzession auszuführen hat. Dabei hält sie die Konzessionärin oder den Konzessionär zu Sicherheitsleistungen an.

3.3. Erneuerung von Konzessionen für Wasserkraftwerke

3.3.1. Bundesrechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 58a Abs. 1 WRG kann die Erneuerung einer Wasserrechtskonzession auf den Zeitpunkt des Ablaufs oder vor diesem Zeitpunkt erfolgen. Mit dieser Bestimmung wird festgehalten, dass der Konzessionär, der sein Wasserkraftwerk über den Ablauf der Konzession hinaus betreiben will, ein Gesuch um Erneuerung bereits frühzeitig stellen kann. Es soll ihm der Entschluss dazu erleichtert werden.⁴² Abs. 2 hält fest, dass das Gesuch um Erneuerung der bestehenden Konzession mindestens 15 Jahre vor deren Ablauf gestellt werden muss und die zuständigen Behörden mindestens zehn Jahre vor Ablauf der Konzession entscheiden, ob sie grundsätzlich zu einer Erneuerung bereit sind. Damit soll für den Konzessionär Rechtssicherheit geschaffen werden.⁴³

Welche Art der Änderung der Konzession als Erneuerung gilt, regelt das WRG selbst nicht; auch die Botschaft des Bundesrats aus dem Jahr 1995 enthält zu dieser Frage keine Angaben.⁴⁴ Im Leiturteil Curciusa (BGE 119 Ib 254, E. 5b = URP 1993 403) äusserte sich das Bundesgericht dazu wie folgt:

«Anzuerkennen ist, dass das nun vorgesehene Projekt eines Saison-Speicherwerkes gegenüber dem ursprünglich geplanten Gravitationswerk ein neues Projekt darstellt. Zum notwendigen Inhalt der Verleihung zählen u. a. neben dem Umfang des verliehenen Nutzungsrechts auch die Art der Benutzung und die den Beliehenen auferlegten wirtschaftlichen Leistungen (Art. 54 lit. b und d WRG). Die Speicherung des Wassers in einem Stausee mit mehr als doppelt so hohem Inhalt (60 Mio. m³ anstelle von 27,6 Mio. m³), die überwiegende Nutzung des Wassers im Winter statt im Sommer, die Erhöhung des nutzbaren Gefälles um 7 %, der Verzicht auf die Zentrale Pian San Giacomo, an deren Stelle die unterirdische Zentrale Spina II errichtet werden soll, der Verzicht auf den Wasseraustausch zwischen dem Misox und dem Hinterrheintal für die dem Hinterrhein zu ent-

⁴¹ Gesetz vom 28. März 1990 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (SGS 721.8).

⁴² BBI 1995 IV 991 ff., 1011.

⁴³ BBI 1995 IV 991 ff., 1011; JAGMETTI (FN 21), S. 436 N. 4216.

⁴⁴ Vgl. BBI 1995 IV 991 ff., 1011.

ziehende Wassermenge sowie die Neufestlegung der wirtschaftlichen Leistungen der Beliehenen einschliesslich der Anpassung der Heimfallsregelung legen es nahe, von einer so weitgehenden Änderung des ursprünglich vorgesehenen Nutzungskonzepts gemäss der Konzession von 1953/1956 zu sprechen, dass die hier umstrittene Anpassung materiell der Erteilung einer neuen Konzession gleichkommt. Hiefür spricht auch der Zusammenhang mit der anerkanntermassen neuen Konzession, die von den Gemeinden Nufenen, Medels i.R. und Splügen erteilt wurde (Beschluss Nr. 2630). (...).

Liegt nach dem Gesagten eine Änderung der Konzession von 1953 vor, welche in rechtlicher Hinsicht den Erfordernissen einer neuen Konzession entsprechen muss, so steht damit auch fest, dass grundsätzlich die geltenden Gesetze sowohl bezüglich des Verfahrens als auch der materiellen Anforderungen zu beachten sind.»

Wird der obligatorische Inhalt der Konzession (Art. 54 WRG; dazu vorne Ziff. 3.1.1) über ein bestimmtes Mass hinaus neuen Verhältnissen angepasst, kann demnach nicht mehr von einer blossen Änderung der Konzession gesprochen werden; vielmehr wird damit ein grundsätzlich neues Konzessionsrechtsverhältnis gestaltet. Die Erneuerung einer Konzession setzt wie ihre erstmalige Gewährung voraus, dass sie der geltenden Wasserrechts- und Umweltgesetzgebung entspricht.⁴⁵

Als Erneuerung gilt eine Änderung einer Konzession insbesondere, wenn sie weitgehende Änderungen im Umfang des verliehenen Nutzungsrechts betrifft (Art. 54 Bst. b WRG)⁴⁶ oder wenn sie erneut auf die gesetzliche Höchstdauer von 80 Jahren gewährt wird (Art. 54 Bst. e i.V.m. Art. 58 WRG).⁴⁷

3.3.2. Kantonalrechtliche Grundlagen

Von den untersuchten Kantonen kennt einzig der Kanton *Bern* eine Bestimmung, die zum Begriff der Erneuerung von Konzessionen für Wasserkraftwerke etwas beiträgt. Gemäss Art. 12 Abs. 1 seines WNG sind für die Erneuerung und wesentliche Änderung einer Wasserrechtskonzession die Bestimmungen über die Konzessionserteilung anzuwenden. Als wesentliche Änderung gelten nach Art. 12 Abs. 2 WNG in der Regel die Nutzung von Wasser aus einem anderen Gewässer (Bst. a), die Erhöhung der konzidierten Wassermenge aus dem bereits genutzten Gewässer um mehr als zehn Prozent (Bst. b), die Erhöhung der konzidierten

⁴⁵ BGE 119 Ib 254, E. 5b und 9b = URP 1993 403; BGer 1A.170/2003 vom 27. August 2004, E. 4.2, in ZBI 2005 311; BVR 2009 341, E. 4.5.1; JAGMETTI (FN 21), S. 435 f. N 4215; PETER M. KELLER, Urteilsbesprechung, in AJP 1994 88 ff., 90.

⁴⁶ BVR 2009 341, E. 4.3 und 4.4 (allgemein) sowie E. 8.3 (betr. Erhöhung der nutzbaren Fallhöhe und Änderung der Art der Nutzung) und 8.4 (betr. Wasserregime innerhalb des Konzessionsgebiets insgesamt); GIERI CAVIEZEL, Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht, ZBI 2004 69 ff., S. 93.

Bruttofallhöhe des genutzten Gewässers um mehr als fünf Prozent (Bst. c), die kombinierte Erhöhung von Wassermenge und Bruttofallhöhe (Bst. d) sowie die Änderung der Art der Nutzung (Bst. e). Beim Vorliegen einer wesentlichen Änderung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 WNG ist jeweils zusätzlich zu prüfen, ob eine Erneuerung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegt; geht die Änderung weniger weit, sind einzig die Abweichungen von der Konzession nach geltendem Recht zu prüfen, ohne dass eine neue Gesamtinteressenabwägung unter Einbezug der gesamten konzessionierten Nutzung und deren Umweltauswirkungen vorzunehmen ist.⁴⁸

Die übrigen untersuchten Kantone kennen entweder gar keine Bestimmungen über die Erneuerung von Wasserkraftwerken (*Aargau, Genf, Schaffhausen, Schwyz, Tessin und Zürich*) oder bloss Verfahrensbestimmungen, die Art. 58a WRG näher ausführen (*Graubünden, Luzern, Obwalden, Waadt, Wallis und Zug*).

3.4. Folgerungen

Mit der Erneuerung einer Konzession für ein Wasserkraftwerk wird ein grundsätzlich neues Rechtsverhältnis gestaltet. Die neue Konzession muss dem gesamten geltenden Wasser- und Umweltrecht Rechnung tragen und zwar bezüglich der Rechtsanwendung so umfassend, wie wenn für das betreffende Werk nie eine Konzession erteilt worden wäre.

Sachverhaltlich ist vom Zustand auszugehen, der bei einer Stilllegung des Werks erstellt werden müsste (vgl. vorne Ziff. 2.4). Aus der Sicht des Konzessionsrechts ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, welche Verpflichtungen zur Wiederherstellung sich für diesen Fall aus der Konzession selbst oder aus der kantonalen Wasserrechtsgesetzgebung ergeben würden. Damit lässt sich gleichzeitig sagen, dass je nach Kraftwerk und Kanton von unterschiedlichen Massnahmen ausgegangen werden muss. Der Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen lässt sich damit schon aus Sicht des Konzessionsrechts nicht einheitlich definieren.

⁴⁷ BGE 119 Ib 254, E. 10g und h = URP 1993 403; KELLER, Urteilsbesprechung (FN 45), S. 90.

⁴⁸ BGer 1A.170/2003 vom 27. August 2004, E. 4.1 und 4.3, in ZBl 2005 311; BVR 2009 341, E. 4.5.2 und 8.1; JAGMETTI (FN 21), S. 434 N 4213.

4. Die Bedeutung des Natur- und Landschaftsschutzrechts für die Bestimmung des Referenzzustands bei Konzessionserneuerungen

4.1. Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten im Naturschutzrecht

4.1.1. Wiederherstellung von Eingriffen in Biotope

Die Erstellung und der Betrieb eines Wasserkraftwerks sind oft mit einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume (Biotope) verbunden. Wird ein solcher Eingriff aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung (dazu vorne Ziff. 3.1.1) gestattet, hat der Verursacher nach Massgabe von Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG für besondere Massnahmen zum bestmöglichen Schutz, für Wiederherstellung oder für angemessenen Ersatz der betroffenen Biotope zu sorgen. Denkbar ist damit auch, dass im Rahmen der Konzessionierung eines Wasserkraftwerks aufgrund des Naturschutzrechts Wiederherstellungsmassnahmen für den Fall der Stilllegung festgelegt werden, die auf Kosten des Konzessionärs zu leisten sind.⁴⁹ Es müssen allerdings nur Massnahmen getroffen werden, die gegenüber dem Konzessionär angeordnet worden sind (vgl. Stellungnahme des Bundesrats zur Motion Röstli, vorne Ziff. 1.1).

4.1.2. Regeneration und Aufwertung von Biotopen von nationaler Bedeutung

Der Bundesrat bezeichnet gemäss Art. 18a Abs. 1 NHG nach Anhören der Kantone die Biotope von nationaler Bedeutung; er bestimmt die Lage dieser Biotope und legt die Schutzziele fest. Dazu hat der Bundesrat verschiedene Biotopschutzverordnungen erlassen, so z.B. die Auenverordnung (im Folgenden: AuenV)⁵⁰, die Flachmoorverordnung (im Folgenden: FMV)⁵¹ und die Amphibienlaichgebiete-Verordnung (AlgV)⁵². Alle drei Verordnungen fordern für die darin bezeichneten Objekte Regenerations- und Aufwertungsmassnahmen.⁵³

⁴⁹ KARL LUDWIG FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Art. 18 Rz 31.

⁵⁰ Verordnung vom 28. Oktober 1992 über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung (Auenverordnung; SR 451.31).

⁵¹ Verordnung vom 7. September 1994 über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Flachmoorverordnung; SR 451.33).

⁵² Verordnung vom 15. Juni 2001 über den Schutz der Amphibienlaichgebiete von nationaler Bedeutung (Amphibienlaichgebiete-Verordnung, AlgV; SR 451.34).

⁵³ Zu diesen Massnahmen und zur Abgrenzung von solchen der Wiederherstellung von Biotopen im Einzelfall BRUNO KÄGI/ANDREAS STALDER/MARKUS THOMMEN, Wiederherstellung und Ersatz im Natur- und Landschaftsschutz, Leitfaden Umwelt Nr. 11, Bern 2002, S. 59 ff.

Die Auenverordnung sieht die gezielte Förderung der auentypischen einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer Lebensgemeinschaften (Art. 5 Abs. 2 Bst. d i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. a AuenV), die Verbesserung der Wasser- und Bodenqualität durch Verminderung des Nähr- und Schadstoffeintrags (Art. 5 Abs. 2 Bst. e AuenV) sowie, soweit als möglich, die Beseitigung bestehender Beeinträchtigungen, insbesondere der natürlichen Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushalts, vor (Art. 8 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. b AuenV). Dabei ist u.a. dafür zu sorgen, dass die Wasserkraftnutzung mit dem Schutzziel in Einklang steht (Art. 5 Abs. 2 Bst. c AuenV).

Gemäss Flachmoorverordnung kommt in Bezug auf die Regeneration in gestörten Moorbereichen (Art. 4 FMV) der Förderung der angepassten landwirtschaftlichen Nutzung besondere Bedeutung zu (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 FMV). Sie schreibt eine Verbesserung des Gebietswasserhaushalts vor, soweit es der Moorregeneration dient (Art. 5 Abs. 2 Bst. g FMV). Zudem sind gemäss Art. 8 FMV über die Behebung von Schäden bestehende Beeinträchtigungen von Objekten bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich rückgängig zu machen.

Die Amphibienlaichgebiete-Verordnung sieht die Förderung der Objekte als Amphibienlaichgebiete, der Amphibienpopulationen, die den Wert der Objekte begründen sowie der Objekte als Elemente im Lebensraumverbund vor (Art. 6 Abs. 2 AlgV). Bestehende Beeinträchtigungen sind soweit möglich zu beseitigen (Art. 11 AlgV).

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vorab die Verpflichtung zur Beseitigung bestehender Beeinträchtigungen (Art. 11 AlgV), insbesondere zur Wiederherstellung der natürlichen Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushalts (Art. 8 i.V.m. Art. 4 Bst. b AuenV) bzw. zur Behebung von Schäden (Art. 8 FMV). Dabei hat die Beseitigung bestehender Beeinträchtigungen bzw. die Behebung der Schäden in Biotopen von nationaler Bedeutung soweit als möglich und bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu erfolgen und zwar nicht nur im eigentlichen Biotopperimeter, sondern auch in den jeweiligen Pufferzonen (Art. 5 Abs. 3 AuenV, Art. 5 Abs. 3 FMV; analog wohl auch für Pufferzonen zu Objekten der AlgV⁵⁴). Die Stilllegung eines Wasserkraftwerks ist dabei als Gelegenheit zur Beseitigung von Beeinträchtigungen im Sinne von Art. 8 AuenV bzw. Art. 11 AlgV bzw. zur Behebung von Schäden im Sinne von Art. 8 FMV anzusehen.

Für Regenerations- und Aufwertungsmassnahmen des Biotopschutzes haben nach den genannten Bestimmungen die Kantone zu sorgen; sie sind also im Unterschied zu Wiederherstellungsmassnahmen aufgrund des Konzessionsrechts oder von Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG von

diesen und nicht vom Konzessionär zu finanzieren.⁵⁵ Zu prüfen und anzuordnen sind sie im Fall der Erneuerung eines Wasserkraftwerks von Gesetzes wegen, was das Bundesgericht im Leiterteil *Curciusa* mit Bezug auf Massnahmen zur Revitalisierung der Auen ausdrücklich festgehalten hat (BGE 119 Ib 254, E. 10he S. 298 = URP 1993 403).

4.1.3. Ökologischer Ausgleich

Weiter sind die Kantone gemäss Art. 18b Abs. 2 Satz 1 NHG verpflichtet, in intensiv genutzten Gebieten innerhalb und ausserhalb von Siedlungen für ökologischen Ausgleich mit Feldgehölzen, Hecken, Uferbestockungen oder mit anderer naturnaher und standortgemässer Vegetation zu sorgen. Mit den Mitteln des ökologischen Ausgleichs sollen bestehende Naturwerte aufgewertet und neue Naturwerte geschaffen werden. Dabei kann es beabsichtigt sein, isolierte Biotope zu vernetzen, neue Biotope entstehen zu lassen, eine naturnahe Bodennutzung zu erreichen oder auch das Landschaftsbild zu beleben (Art. 15 Abs. 1 NHV).⁵⁶ Als «intensiv genutztes Gebiet» ist die nach der Stilllegung eines Wasserkraftwerks frei werdende Bodenfläche anzusehen, weil sie während dem Betrieb des Werks derartiger Nutzung ausgesetzt war; dieser Status besteht jedenfalls soweit und solange es nötig erscheint, um eine Entwicklung des Gebiets in Richtung Naturnähe anzuschieben. Die sich anbietenden Massnahmen des ökologischen Ausgleichs sind dabei wie Regenerations- und Aufwertungsmassnahmen in Biotopen von nationaler Bedeutung bei der Gelegenheit der Stilllegung eines Wasserkraftwerks vorzunehmen. Sie sind wie die Regenerations- und Aufwertungsmassnahmen in Biotopen von nationaler Bedeutung von den Kantonen zu finanzieren.⁵⁷

4.1.4. Anlage von Ufervegetation

Die Kantone haben gemäss Art. 21 Abs. 2 NHG schliesslich dafür zu sorgen, dass Ufervegetation, wo sie fehlt und soweit die Verhältnisse es erlauben, angelegt wird oder dass zumindest die Voraussetzungen für deren Gedeihen geschaffen werden. Diese Bestimmung verdeutlicht die Verpflichtung der Kantone zu Massnahmen des ökologischen Ausgleichs (Art. 18b Abs. 2

⁵⁴ Vgl. NINA DAJCAR, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2010, S. 160.

⁵⁵ KÄGI/STALDER/THOMMEN (FN 53), S. 59.

⁵⁶ HANS MAURER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18b Rz. 31 ff. mit Hinweisen; BGer 1A.82/1999 vom 19. November 1999, E. 3-5, URP 2000 369; RR AG vom 5. April 1995, E. 4 und 5 = AGVE 1997 491 = URP 1998 551.

⁵⁷ VerwGer VD vom 4. Februar 1997, E. 6e = URP 1997 625 (Hinweis).

Satz 1 NHG) in Bezug auf die Ufervegetation.⁵⁸ Mit dieser Bestimmung soll die Revitalisierung der Uferbereiche gefördert werden.⁵⁹ Das Gesetz fordert dabei in erster Linie die Anlage von Ufervegetation und nur in zweiter Linie die blosse Schaffung der Voraussetzungen für deren Gedeihen.⁶⁰ Bei der Stilllegung von Wasserkraftwerken kann die (Wieder-)Anlage von Ufervegetation eine wichtige Biotopschutzmassnahme darstellen.⁶¹ Sie ist wie andere Massnahmen des ökologischen Ausgleichs von den Kantonen zu finanzieren.

4.2. Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten im Landschaftsschutzrecht

4.2.1. Wiederherstellung von Eingriffen in Landschaften

Die Erstellung und der Betrieb eines Wasserkraftwerks sind oft auch mit einer Beeinträchtigung von Landschaften von nationaler Bedeutung verbunden, die in der BLN-Verordnung (VBLN)⁶² bezeichnet sind. Wird ein solcher Eingriff aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung (dazu vorne Ziff. 3.1.1) im Rahmen der Erfüllung einer Bundesaufgabe gestattet, sind nach Massgabe von Art. 6 Abs. 1 NHG unter Umständen Massnahmen zur grösstmöglichen Schonung zu leisten, die Wiederherstellungs- oder Ersatzmassnahmen einschliessen können. Die entsprechende Bestimmung ist jener von Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG nachgebildet.⁶³

Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann eine Wiederherstellung bzw. eine Reparatur bereits erfolgter Beeinträchtigungen von Landschaften auch ausserhalb von Objekten von nationaler Bedeutung aufgrund von Art. 3 Abs. 1 NHG in Betracht gezogen werden.⁶⁴

⁵⁸ MAURER (FN 56), Vorbem. Art. 18-23 Rz 4.

⁵⁹ HANS-PETER JENNI, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 21 Rz 22.

⁶⁰ JENNI, Kommentar NHG (FN 59), Art. 21 Rz 28 f.

⁶¹ Vgl. JENNI, Kommentar NHG (FN 59), Art. 21 Rz 31; BGer 1C_396/2007 vom 5. Mai 2008, E. 3.2; zu dieser Massnahme und zur Abgrenzung von solchen der Wiederherstellung von Biotopen im Einzelfall KÄGI/STALDER/THOMMEN (FN 53), S. 59 ff.

⁶² Verordnung vom 10. August 1977 über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (VBLN; SR 451.11).

⁶³ BOTSCHAFT des Bundesrats vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, BBl 1998 III 2591, S. 2616.

⁶⁴ BVerwGer A-1251/2012 vom 15. Januar 2014, E. 25.3-25.5 und 27.6.4, in ZBl 2015 S. 17 ff. (mit Kommentar von ARNOLD MARTI auf S. 36 ff., 38 f.) sowie in URP 2015 S. 27 ff.; vgl. BGE 136 II 214 E. 6, insbes. E. 6.4 f. = URP 2010 477.

Denkbar ist damit, dass im Rahmen der Konzessionierung eines Wasserkraftwerks auch aufgrund des Landschaftsschutzrechts Wiederherstellungsmassnahmen für den Fall der Stilllegung festgelegt werden, die auf Kosten des Konzessionärs zu leisten sind. Es müssen allerdings nur Massnahmen getroffen werden, die gegenüber dem Konzessionär angeordnet worden sind (vgl. Stellungnahme des Bundesrats zur Motion Röstli, vorne Ziff. 1.1).

4.2.2. *Aufwertung von Moorlandschaften von nationaler Bedeutung*

Wie die Biotopschutzverordnungen des Bundes kennt Art. 8 der Moorlandschaftsverordnung (im Folgenden: MLV)⁶⁵ eine Verpflichtung der Kantone dafür zu sorgen, dass bestehende Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung, die aufgrund von Art. 23b Abs. 3 Satz 1 NHG vom Bundesrat in der MLV bezeichnet werden, bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich behoben werden.

4.3. *Folgerungen*

Bei der Erneuerung einer Konzession für ein Wasserkraftwerk ist sachverhältlich vom Zustand auszugehen, der bei dessen Stilllegung erstellt werden müsste. Aus der Sicht des Natur- und Landschaftsschutzrechts muss in diesem Zusammenhang geprüft werden, welche Verpflichtungen zur Wiederherstellung sich für diesen Fall (zusätzlich zu den Verpflichtungen aus dem Konzessionsrecht; dazu vorne Ziff. 3.4) aus dem Natur- und Landschaftsschutzrecht ergeben und vom Konzessionär zu tragen sind. Zusätzlich fragt sich, welche Leistungen der Kanton bei der sich mit der Stilllegung des Werks bietenden Gelegenheit zur Regeneration und Aufwertung von Biotopen von nationaler Bedeutung und zum ökologischen Ausgleich bzw. zur Anlage von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung zu leisten hat. Damit lässt sich gleichzeitig sagen, dass je nach Kraftwerk und konkretem Potenzial zur Regeneration und Aufwertung in Biotopen von nationaler Bedeutung, zum ökologischen Ausgleich bzw. zur Anlage von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung von unterschiedlichen Massnahmen ausgegangen werden muss. Der Referenzzustand bei

⁶⁵ Verordnung vom 1. Mai 1996 über den Schutz von Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung; SR 451.35).

Konzessionserneuerungen lässt sich damit auch aus Sicht des Natur- und Landschaftsschutzrechts nicht einheitlich definieren.

Weiter fragt sich, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass allfällige Massnahmen zur Regeneration und Aufwertung in Biotopen von nationaler Bedeutung, zum ökologischen Ausgleich bzw. zur Anlage von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung nicht vom Konzessionär, sondern vom Kanton zu finanzieren sind. Wem die Finanzierung der Massnahmen bei Stilllegung eines Wasserkraftwerks obliegt, ändert nichts daran, dass alle beschriebenen Massnahmen bei der Erneuerung eines Wasserkraftwerks zur Bestimmung des Referenzzustands einzubeziehen sind. Allerdings gehen allfällige Massnahmen zur Regeneration und Aufwertung in Biotopen von nationaler Bedeutung, zum ökologischem bzw. zur Anlage von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung, die im Zeitpunkt des Ablaufs der Konzession nicht geleistet werden, weil das Wasserkraftwerk nicht stillgelegt, sondern neu konzessioniert wird, auch später nicht zu Lasten des Konzessionärs, sondern des Kantons.

5. Umschreibung des Referenzzustands aufgrund eines fiktiven Stilllegungsprojekts

Bei der Erneuerung einer Konzession für ein Wasserkraftwerk ist nach dem Gesagten zu prüfen, welche Wiederherstellungsmassnahmen bei der Stilllegung eines Wasserkraftwerks aufgrund des Konzessionsrechts zu leisten sind (vorne Ziff. 3) und welche Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten sich darüber hinaus aus dem Natur- und Landschaftsschutzrecht ergeben (vorne Ziff. 4). Die Aussage im UVP-Handbuch, wonach bei einer Konzessionserneuerung «der Ausgangszustand derjenige Zustand (ist), der bestehen würde, wenn die frühere Konzession nie erteilt und die Anlage nie gebaut worden wäre» (vorne Ziff. 1.1), die von Seiten der Kraftwerksbetreiber und in der Begründung zur Motion Rösti kritisiert wird (vorne Ziff. 1.1), erweist sich somit als unzutreffend. Entscheidend ist vielmehr, wie ein fiktives Stilllegungsvorhaben aussehen müsste.

Teil der Unterlagen für das Projekt der Erneuerung einer Wasserrechtskonzession muss deshalb die Beschreibung des Referenzzustandes sein, dies in Form einer Skizze eines Stilllegungsvorhabens mit den entsprechenden Massnahmen. Der Detaillierungsgrad der Planung für dieses fiktive Projekt muss allerdings nicht jenem eines tatsächlichen Stilllegungsvorhabens entsprechen. Immerhin müssen die Unterlagen so aussagekräftig sein, d.h. so vollständig und plausibel, dass damit der Referenzzustand wenigstens in groben Zügen einigermaßen sicher bestimmt werden kann.

Nur wenn es mit verhältnismässigem Aufwand nicht möglich ist, den Referenzzustand solchermaßen zu bestimmen, darf auf Ersatzmassstäbe abgestellt werden. Im Vordergrund steht dafür der «natürliche Zustand»⁶⁶, d.h. die historische Situation vor Errichtung des Wasserkraftwerks und die seitherige hypothetische Entwicklung. Sollte sich dieser schlecht eruieren lassen, könnte vom «Ist-Zustand» im Zeitpunkt der Erneuerung der Konzession für das Wasserkraftwerk ausgegangen werden und es wären aus aktueller Sicht die nötigen Massnahmen zugunsten von Natur und Landschaft zu definieren. Es erscheint damit unter Umständen zweckmässig, im Fall nicht oder schwer eruierbarer Stilllegungsmassnahmen auf «das ökologische Potenzial des Gebiets vom Ist-Zustand aus» ohne bauliche Veränderungen abzustellen und daraus «die notwendigen Massnahmen zugunsten von Natur und Landschaft» abzuleiten,

⁶⁶ Vgl. BGer 1A.59/1995 vom 28. April 2000, E. 3c = URP 2000 691; RAUSCH/KELLER (FN 12), Art. 9 N 79; GRIFFEL/RAUSCH (FN 13), Art. 10b N 10.

wie es der Bundesrat am Ende seiner Stellungnahme zur Motion Röstli formuliert hat (vorne Ziff. 1.1).⁶⁷ Bei der (ersatzweisen) Umschreibung des Referenzzustands mit Ausrichtung auf den bestmöglichen Zustand für Natur und Landschaft sind insbesondere die bundesrechtlich vorgesehenen Regenerations- bzw. Aufwertungsmassnahmen für Biotop von nationaler Bedeutung, für die Ufervegetation sowie für Moorlandschaften von nationaler Bedeutung zu berücksichtigen.

Kann der Referenzzustand nicht auf der Basis eines fiktiven Stilllegungsvorhabens umschrieben werden, sondern aufgrund des «natürlichen Zustands», so sind entsprechende Unterlagen zu erarbeiten, wiederum in Form einer Projektskizze mit den entsprechenden Massnahmen. Der «Ist-Zustand» und das bestehende ökologischen Potenzial des Gebiets sind im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen ohnehin zu erheben,⁶⁸ unabhängig davon, auf welchen Referenzzustand (fiktives Stilllegungsvorhaben, «natürlicher Zustand» oder «Ist-Zustand») abzustellen ist. Wenn es nicht möglich erscheint, den Referenzzustand aufgrund eines fiktiven Stilllegungsvorhabens oder des «natürlichen Zustands» zu beschreiben, so ist dies zu begründen; dabei ist darzulegen, welche Elemente des entsprechenden Vorhabens bzw. Zustands erhoben werden können und welche nicht. Dabei erscheint es (nicht zuletzt mit Blick auf die Unwägbarkeiten eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens) zweckmässig, all jene Elemente darzustellen, die erhoben werden können.

⁶⁷ Vgl. die ähnliche Umschreibung in BUNDESAMT FÜR UMWELT, WALD UND LANDSCHAFT, UVP von Wasserkraftanlagen, Mitteilung zur UVP Nr. 8, Bern 1997, S. 22.

⁶⁸ RAUSCH/KELLER (FN 12), Art. 9 N 79.

Diese Überlegungen führen zu folgendem **Prüfprogramm**:

1. Welche Wiederherstellungsmassnahmen sind bei Stilllegung eines Wasserkraftwerks aufgrund des *Konzessionsrechts* zu leisten?
 - 1.1. Welche Massnahmen sind gemäss der Konzession für das konkrete Werk zu treffen?
 - 1.2. Welche Massnahmen sind gemäss dem anwendbaren kantonalen Wassernutzungsrecht durchzuführen?
2. Welche Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten bei Stilllegung eines Wasserkraftwerks ergeben sich aus dem *Natur- und Landschaftsschutzrecht*?
 - 2.1. Wurden gegenüber dem Konzessionär Massnahmen zugunsten von Natur und Landschaft angeordnet?
 - 2.2. Welche Regenerations- und Aufwertungsmassnahmen sind in Biotopen von nationaler Bedeutung zu leisten?
 - 2.3. Sind Massnahmen zum ökologischen Ausgleich (mit Einschluss der Aufwertung von Ufervegetation) zu treffen?
 - 2.4. Sind Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung zu beheben?
3. Sollte es mit verhältnismässigem Aufwand nicht möglich sein, den Referenzzustand mittels Beantwortung der Fragen unter 1 und 2 zu skizzieren, ist ein Ersatzmassstab zu bestimmen. Im Vordergrund steht dafür der «natürliche Zustand», d.h. die historische Situation vor Errichtung des Wasserkraftwerks und die seitherige hypothetische Entwicklung. Sollte sich dieser schlecht eruieren lassen, könnte vom «Ist-Zustand» im Zeitpunkt der Erneuerung der Konzession für das Wasserkraftwerk ohne bauliche Veränderungen ausgegangen werden und es wären daraus die notwendigen Massnahmen zur Erreichung des bestmöglichen Zustands für Natur und Landschaft abzuleiten, insbesondere aufgrund der bundesrechtlich vorgesehenen Regenerations- bzw. Aufwertungsmassnahmen (d.h. Massnahmen zur Regeneration und Aufwertung in Biotopen von nationaler Bedeutung, zum ökologischen Ausgleich (mit Einschluss der Aufwertung von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung).

6. Referenzzustand bei der Konzessionserneuerung des Etzelkraftwerks der SBB

6.1. Ausgangslage

Die Behörden der Kantone Zürich, Schwyz und Zug führten anfangs des 20. Jahrhunderts mit den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) Verhandlungen über die Verleihung des Rechts, die Wasserkräfte der Sihl beim Etzel zu nutzen. An der abschliessenden Verhandlung vom 3. Juli 1919 wurde die «Etzelwerkkonzession» vereinbart, wonach auf die Dauer von 50 Jahren ab Betriebseröffnung eine Wasserkraftkonzession erteilt wurde. Diese Konzession wurde am 2./8. August 1919 vom Kanton Zürich und den SBB unterschrieben. Im Kanton Schwyz erwuchs der Konzessionsgenehmigung Opposition, namentlich in den Bezirken Höfe und Einsiedeln. Um den Bedenken Rechnung zu tragen, schlossen die SBB mit den beiden Bezirken am 11./21. Januar bzw. 20./21. Juni 1927 Zusatzvereinbarungen zur vereinbarten Konzession. In der Folge unterzeichneten auch die Kantone Schwyz (am 24. Mai 1929) und Zug (am 3. Juli 1929) die Konzessionsvereinbarung.⁶⁹ Das Etzelwerk wurde im Jahr 1937 in Betrieb genommen.⁷⁰ Die Konzession lief aufgrund von Art. 13 Abs. 1 der Etzelwerkkonzession im Jahr 1987 ab und gilt, nachdem das Bundesgericht im Jahr 1988⁷¹ aufgrund von Art. 13 Abs. 2 der Etzelwerkkonzession einen Anspruch der SBB auf Erneuerung der Etzelwerkkonzession bis zur bundesrechtlichen Höchstdauer von 80 Jahren bejaht hat, für weitere 30 Jahre bis zum 12. Mai 2017.⁷²

Die Etzelwerkkonzession erstreckt sich auf die Ausnutzung der Wasserkräfte der Sihl durch Erstellung einer Staumauer oder eines Staudammes in der Schlangen bei Einsiedeln mit einer Staukote auf 892.60 m über Meer und zur Ausnutzung des Gefälles zwischen dem Stausee und dem Zürichsee (Obersee) durch den Bau eines Stollens und einer Druckleitung zu einem

⁶⁹ Vertrag zwischen den Kantonen Zürich, Schwyz und Zug einerseits und den Schweizerischen Bundesbahnen andererseits über die Ausnutzung der Wasserkräfte der Sihl beim Etzel (Etzelwerkkonzession), publiziert in den Gesetzessammlungen der Kantone Schwyz (SRSZ 452.110.1) und Zürich (LS 724.32).

⁷⁰ Sachverhalt gemäss BGer 2C_258/2011 vom 30. August 2012 Bst. A.a; vgl. dazu auch BGer A 188/1987 vom 11. Juli 1988 Bst. A, in ZBl 1989 S. 82 ff.

⁷¹ BGer A 188/1987 vom 11. Juli 1988, in ZBl 1989 S. 82 ff., E. 3 und 4, insbes. E. 4b.

⁷² Vgl. Sachverhalt gemäss BGer 2C_258/2011 vom 30. August 2012 Bst. A.c und A.d. In den Gesetzessammlungen der Kantone Schwyz und Zürich findet sich kein direkter Beleg für die Konzessionserneuerung. Jedoch ist festzustellen, dass noch immer die ursprüngliche Konzession publiziert ist.

Maschinenhaus südlich von Lidwyl bei Altendorf und Ableitung des Wassers in den Zürichsee (Art. 1 Abs. 1 der Etzelwerk Konzession).

Neben der eigentlichen Etzelwerk Konzession besteht eine Konzession zur Ausnützung von Zürichseewasser im Etzelwerk, welche der SBB vom Kanton Schwyz am 14. Oktober 1954 erteilt wurde, und zwar rückwirkend auf den 28. April 1947 und mit einer Dauer bis zum 30. September 1987.⁷³ Diese Konzession wurde am 28. Oktober 1969 ergänzt⁷⁴ und am 25. März 1993 mit Wirkung bis am 12. Mai 2017 erneuert.⁷⁵

6.2. Konzessionsrecht

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Satz 1 WRG werden Wasserrechte an Gewässerstrecken, die in verschiedenen Kantonen liegen, durch die beteiligten Kantone im gemeinsamen Einverständnis verliehen.

Die von den Kantonen Schwyz, Zug und Zürich verliehene Etzelwerk Konzession sieht in Art. 1 Abs. 2 vor, dass die Wassernutzung der Sihl keine vollständige sein darf und legt deshalb fest, dass die Sihl aus dem Stausee so zu dotieren sei, dass ihre Wassermenge beim Eintritt in den Kanton Zürich oberhalb Hütten nie unter $2,5 \text{ m}^3$ pro Sekunde zurückgeht. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Abflussverhältnisse der Seitenbäche, die sich zwischen dem Stausee und der Kantongrenze in die Sihl ergiessen, nicht in nachteiliger Weise verändert werden. Ansonsten enthält die Etzelwerk Konzession weder Bestimmungen über die ökologischen Rahmenbedingungen noch solche über Massnahmen nach einer Stilllegung des Werks. Sie sieht auch nicht vor, welches kantonale Recht für nicht geregelte Fragen Anwendung finden soll. Art. 22 der Etzelwerk Konzession weist in Abs. 1 einzig auf die subsidiäre Geltung des WRG hin und in Abs. 2 darauf, dass Anstände über die Auslegung und Durchführung der in

⁷³ Kantonsratsbeschluss vom 14. Oktober 1954 über die Erteilung einer Konzession zur Ausnützung von Zürichseewasser im Etzelwerk (SRSZ 452.210).

⁷⁴ Kantonsratsbeschluss vom 28. Oktober 1969 über eine Ergänzung der Konzession vom 14. Oktober 1954 zur Ausnützung von Zürichseewasser im Etzelwerk (SRSZ 452.220).

⁷⁵ Kantonsratsbeschluss vom 25. März 1993 über die Erneuerung der Konzession zur Ausnützung von Zürichseewasser im Etzelwerk vom 14. Oktober 1954, ergänzt am 28. Oktober 1969 (SRSZ 452.230).

der Verleihung aufgestellten Bedingungen, soweit nicht die Gerichte zuständig sind, dem Bundesrat zum Entscheid vorgelegt werden.⁷⁶

Der Kanton Schwyz sieht in § 36 Abs. 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes vor, dass der Konzessionär nach Beendigung der Konzession den früheren Zustand der Wasserentnahme- und -rückgabestelle wieder herzustellen hat. § 95 Abs. 5 Bst. a GewG des Kantons Zug legt für den Fall des Fehlens von Bestimmungen über die Stilllegung in altrechtlichen Konzessionen fest, dass die Behörde vor Konzessionsende verfügt, welche Sicherungs- und Wiederherstellungsmassnahmen die Konzessionärin oder der Konzessionär nach Ablauf der Konzession auszuführen hat. Der Kanton Zürich hält in § 50 WWG fest, dass die Konzession die Verhältnisse und Verpflichtungen bei Beendigung des Nutzungsrechts bestimmt. § 56 Abs. 1 WWG legt sodann fest, dass der Inhaber oder Eigentümer des Betriebsgrundstücks die vorgeschriebenen Massnahmen ergreift, die durch die Stilllegung des Werkes sowie die Herbeiführung des natürlichen Gewässerzustandes nötig werden, wenn die Anlagen nach Erlöschen der Konzession nicht weiter benutzt werden.

Die drei am Konzessionsrechtsverhältnis beteiligten Kantone sehen damit in ihrer jeweiligen Gesetzgebung für den Fall der Stilllegung eines Wasserkraftwerks Unterschiedliches vor. Soweit das Territorium des Kantons Schwyz betroffen ist, muss der frühere Zustand der Wasserentnahme- und -rückgabestelle wiederhergestellt werden. Für das Gebiet des Kantons Zug verfügt die zuständige kantonale Behörde über die zu leistenden Sicherungs- und Wiederherstellungsmassnahmen. Und für den Kanton Zürich sind keine Massnahmen für den Stilllegungsfall vorgeschrieben, wenn diese wie vorliegend nicht in der Konzession festgelegt worden sind.

Da sich die Anlagen des Etzelkraftwerks (Sihlsee mit Staumauer in den Schlaen, Hüendermattdamm bei Einsiedeln sowie Abschlussdamm, Pumpanlage und Ausgleichsweiher bei Euthal; Druckstollen, Wasserschloss, Apparatehaus, Druckleitung, Maschinenhaus und Unterwasserkanal auf dem Weg vom Sihlsee zum Zürichsee bei Altendorf)⁷⁷ ausschliesslich auf dem Territorium des Kantons Schwyz befinden, ist für deren Stilllegung das Recht des Kan-

⁷⁶ Letztere Regelung entsprach der ursprünglichen Fassung von Art. 38 Abs. 2 Satz 3 WRG. Seit der Teilrevision des WRG vom 13. Dezember 1996, in Kraft seit 1. Mai 1997, ist das Departement zuständig zu entscheiden, wenn sich die Kantone über den Umfang oder über die gemeinschaftliche Ausübung ihrer Rechte aus der Konzession nicht einigen können.

⁷⁷ BASLER & HOFMANN, Konzessionserneuerung Pumpspeicherkraftwerk Etzelwerk, Voruntersuchung mit Pflichtenheft zum Umweltverträglichkeitsbericht 1. Stufe, 30. September 2014, S. 4.

tons Schwyz massgebend. Es muss hier aufgrund von § 36 Abs. 3 i.V.m. § 20 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes der frühere Zustand der Wasserentnahme- und rückgabestelle wiederhergestellt werden.⁷⁸ Als Referenzzustand gilt also in diesem konkreten Einzelfall jener nach Rückbau dieser Anlagen. Das Recht der Kantone Zug und Zürich ist nur soweit massgebend, als sich die Kraftwerkanlage und ihr Betrieb auf diese Kantone ausgewirkt haben.

6.3. *Natur- und Landschaftsschutzrecht*

Aus den vorliegenden Unterlagen sind keine Wiederherstellungsmassnahmen zugunsten von Natur und Landschaft ersichtlich, die der SBB als Konzessionärin für den Fall einer Stilllegung des Etzelkraftwerks auferlegt worden wären.

Im Gebiet um den Sihlsee befinden sich dagegen mehrere Biotope von nationaler Bedeutung, für die Massnahmen zur Regeneration und Aufwertung zu prüfen sind (Flachmoore Nrn. 1126, 1141, 2339, 3163, 3165 und 3166 sowie Amphibienlaichgebiete Nrn. 1052, 1061 und 1068)⁷⁹, möglicherweise Flächen, die sich zum ökologischen Ausgleich bzw. zur Anlage von Ufervegetation eignen sowie die Moorlandschaften von nationaler Bedeutung Nr. 3 Schwantenu, die im Norden an den Sihlsee grenzt, und Nr. 10 Breitried/Unteriberg, die im Süden an den Sihlsee anschliesst, in denen bestehende Beeinträchtigungen zu beheben sind.⁸⁰

6.4. *Umschreibung des Referenzzustands*

Als Referenzzustand ist im Hinblick auf die Erneuerung der Wasserrechtskonzession für das Etzelkraftwerk somit der frühere Zustand der Wasserentnahme- und rückgabestelle, also jener

⁷⁸ Der Regierungsrat des Kantons Schwyz schlug mit Bericht und Vorlage für den Kantonsrat Nr. 1926 vom 28. August 1972 vor, dass nach Beendigung der Konzession für die Nutzung von Wasser zu Trink- und Gebrauchszwecken der Konzessionär den früheren Zustand der Wasserentnahmestelle wieder herzustellen hat (§ 20 Abs. 1 des Entwurfs zum Wasserrechtsgesetz); für die Beendigung der Konzession bei der Nutzung der Wasserkraft war keine entsprechende Bestimmung vorgesehen. Die kantonsrätliche Kommission änderte die Vorlage an ihren Verhandlungen vom 5. Oktober 1972 diesbezüglich in zweierlei Hinsicht: In § 20 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes wurde geregelt, dass auch der frühere Zustand der Rückgabestelle wieder herzustellen ist. Sodann wurde § 36 über den Heimfall von Wasserrechtskonzessionen mit einem Abs. 3 ergänzt, wonach § 20 Abs. 1 des Gesetzes gilt, falls kein Heimfall stattfindet. An der Sitzung des Kantonsrats vom 11. September 1973 wurden die genannten Bestimmungen mit den von der kantonsrätlichen Kommission vorgeschlagenen Änderungen diskussionslos angenommen.

⁷⁹ BASLER & HOFMANN, Konzessionserneuerung Etzelwerk, Voruntersuchung (FN 77), S. 35.

⁸⁰ BASLER & HOFMANN, Konzessionserneuerung Etzelwerk, Voruntersuchung (FN 77), S. 37.

nach Rückbau dieser Anlagen anzusehen, der insbesondere mit den bundesrechtlich vorgesehenen Regenerations- und Aufwertungsmassnahmen zugunsten der Biotop von nationaler Bedeutung, mit Massnahmen des ökologischen Ausgleichs (mit Einschluss der Anlage von Ufervegetation) und solchen zugunsten der Moorlandschaften von nationaler Bedeutung zu ergänzen ist.

Im Voruntersuchungsbericht wird gesagt, die Darstellung des Rückbaus der Anlagen des Etzelkraftwerks sei nach Rücksprache mit den SBB als nicht realistisch einzustufen.⁸¹ Eine sachbezogene Begründung findet sich dazu nicht. Liesse sich eine solche nachholen, wäre ein Ersatzmassstab zu bestimmen.

Dagegen erscheint es gemäss Voruntersuchungsbericht möglich, vom historischen Zustand, d.h. vom Zustand auszugehen, wie wenn der Sihlsee nicht gebaut worden wäre, und aufgrund verschiedener möglicher Szenarien die hypothetische seitherige Entwicklung ohne Sihlsee abzuschätzen.⁸²

Nur wenn auch dies mit verhältnismässigem Aufwand nicht machbar sein sollte, wäre auf den «Ist-Zustand» im Zeitpunkt der Erneuerung der Konzession für das Wasserkraftwerk abzustellen und wären aus aktueller Sicht Massnahmen zu definieren, mit denen insbesondere in Biotopen von nationaler Bedeutung, zugunsten des ökologischen Ausgleichs bzw. der Ufervegetation und in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung, für die Natur und die Landschaft der bestmögliche Zustand erreicht werden kann.

Die Aussage im Voruntersuchungsbericht, wonach der Ausgangszustand dem Ist-Zustand gleichzusetzen ist,⁸³ erweist sich als voreilig, weil nicht erwiesen ist, dass die Darstellung eines Rückbaus der Anlagen des Etzelkraftwerks tatsächlich nicht realistisch ist, als inkonsequent, weil sich gemäss dem gleichen Bericht der historische Zustand und die hypothetische seitherige Entwicklung ohne Sihlsee durchaus abschätzen lassen, womit der Ist-Zustand als Referenzzustand ausser Betracht fallen müsste, und schliesslich als unvollständig beschrieben, da die diesfalls nötigen Massnahmen zur Erreichung des bestmöglichen Zustands für Natur und Landschaft unerwähnt bleiben.

⁸¹ BASLER & HOFMANN, Konzessionserneuerung Etzelwerk, Voruntersuchung (FN 77), S. 14.

⁸² BASLER & HOFMANN, Konzessionserneuerung Etzelwerk, Voruntersuchung (FN 77), S. 12 f.

⁸³ BASLER & HOFMANN, Konzessionserneuerung Etzelwerk, Voruntersuchung (FN 77), S. 13.

7. Zusammenfassung

- Nach der überzeugenden Auffassung des Bundesgerichts ist «bei der Erneuerung einer auslaufenden Konzession als Ausgangszustand die Situation in Rechnung zu stellen, die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe». Für die Umschreibung des «Ausgangszustands» eines zu erneuernden Wasserkraftwerks in der UVP ist somit darauf abzustellen, welche Wiederherstellungsmassnahmen bei der Stilllegung eines Wasserkraftwerks aufgrund des Konzessionsrechts zu leisten sind und welche Wiederherstellungs- und Aufwertungspflichten sich darüber hinaus aus dem Natur- und Landschaftsschutzrecht ergeben.
- Aus der Sicht des Konzessionsrechts ist zu prüfen, welche Verpflichtungen zur Wiederherstellung sich bei der Stilllegung aus der Konzession selbst oder aus der kantonalen Wasserrechtsgesetzgebung ergeben.
- Weiter ist von Bedeutung, welche Verpflichtungen zur Wiederherstellung sich bei der Stilllegung aus dem Natur- und Landschaftsschutzrecht ergeben und vom Konzessionär zu tragen sind. Sodann fragt sich, welche Leistungen der Kanton bei der Stilllegung zur Regeneration und Aufwertung von Biotopen von nationaler Bedeutung, zum ökologischen Ausgleich bzw. zur Anlage von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung zu leisten hat.
- Es lässt sich damit sagen, dass je nach Wasserkraftwerk, Kanton und konkretem Regenerations- und Aufwertungspotenzial in Biotopen von nationaler Bedeutung bzw. konkretem Potenzial zum ökologischen Ausgleich, zur Anlage von Ufervegetation sowie zur Behebung von Beeinträchtigungen in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung von unterschiedlichen Massnahmen ausgegangen werden muss. Der Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen lässt sich weder aus Sicht des Konzessionsrechts noch aus Sicht des Natur- und Landschaftsschutzrechts einheitlich definieren.

- In der Regel hat der Referenzzustand einem fiktiven Stilllegungsvorhaben zu entsprechen. Nur wenn es mit verhältnismässigem Aufwand nicht möglich ist, den Referenzzustand aufgrund der Stilllegungsmassnahmen zu bestimmen, darf auf Ersatzmassstäbe abgestellt werden. Im Vordergrund steht dafür der «natürliche Zustand», d.h. die historische Situation vor Errichtung des Wasserkraftwerks und die seitherige hypothetische Entwicklung. Sollte sich dieser schlecht eruieren lassen, könnte vom «Ist-Zustand» im Zeitpunkt der Erneuerung der Konzession für das Wasserkraftwerk ausgegangen werden und es wären aus aktueller Sicht Massnahmen zu definieren, mit denen für die Natur und die Landschaft, insbesondere in Biotopen von nationaler Bedeutung, zugunsten des ökologischen Ausgleichs bzw. der Ufervegetation und in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung, der bestmögliche Zustand erreicht werden kann.
- Im Fall der Erneuerung der Konzession des Etzelkraftwerks gilt als Referenzzustand grundsätzlich jener nach Wiederherstellung des früheren Zustands der Wasserentnahme- und -rückgabestelle und zusätzlicher Realisierung der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen zur Regeneration und Aufwertung in Biotopen von nationaler Bedeutung, zugunsten des ökologischen Ausgleichs bzw. zur Anlage von Ufervegetation und zur Aufwertung von Moorlandschaften von nationaler Bedeutung. Sollte es nicht möglich sein, den Zustand nach dem Rückbau des Kraftwerks zu beschreiben, wäre stattdessen auf den historischen Zustand ohne Sihlsee und die hypothetische seitherige Entwicklung ohne Sihlsee abzustellen. Nur wenn auch dies nicht in Betracht fallen sollte, wäre der Ist-Zustand, bereichert um Massnahmen zur Erreichung des bestmöglichen Zustands für Natur und Landschaft, massgebend.

Bern, den 5. April 2016



Peter M. Keller

