

## *Wasserkraft - KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 16 155 vom 2. Februar 2017*

### **Konzessionsänderungen**

- Wesentliche Änderungen einer bestehenden Wasserrechtskonzession haben gemäss Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (GNW) in demselben Verfahren zu erfolgen wie bei der Erteilung, d.h. im Konzessionsverfahren nach Art. 7 ff. GNW und nicht bloss in einem Bau- und Plangenehmigungsverfahren.
- Die Änderungsverfügung muss sowohl formell als auch materiell den Erfordernissen einer neuen Konzession entsprechen und es ist auch eine Gesamtinteressenabwägung vorzunehmen.

### **Modifications d'une concession**

- Une concession de droits d'eau ne peut être fondamentalement modifiée qu'en respectant la même procédure que celle suivie pour son octroi (art. 27 al. 1 LcFH), soit celle prévue par les art. 7 ss LcFH et non une procédure de construction et d'approbation de plans.
- La décision de modification doit répondre formellement et matériellement aux exigences d'une nouvelle concession et implique une pesée de tous les intérêts en présence.

### **Erwägungen**

(...)

- dass demgegenüber im hier Streitgegenstand bildenden Projekt die Verlegung der Fassung des Embdbachs von der Kote 2150 m.ü.M. hinunter auf die Kote 1654 m.ü.M. vorgesehen ist (Ziff. 5.6 Dispositiv Plangenehmigung). Neu beinhaltet das Projekt die selbständige Fassung des Bächji auf einer Kote von 1650 m.ü.M. (Ziff. 5.6 Dispositiv Plangenehmigung). Weiter wird die maximale Wasserentnahme bei den Fassungen Embdbach und Bächji zusammen auf insgesamt 150 l/s für die Nutzung der Wasserkraft festgelegt (Ziff. 5.6 lit. b Dispositiv Plangenehmigung). Auch wird die gesetzlich minimale Restwassermenge unterhalb der Fassung für den Embdbach auf 10l/s und für das Bächji auf 4 l/s festgelegt (Ziff. 5.6 lit. c Dispositiv Plangenehmigung). Dies entspricht 35 % der natürlichen Abflussmenge Q347, die bei der Wasserfassung des Embdbachs 27 l/s und bei jener des Bächji 11 l/s beträgt. Gemäss Art. 32 lit. b und d GSchG kann die Behörde die Mindestwassermenge tiefer ansetzen, wenn es sich nicht um Fischgewässer handelt. Das Projekt sieht auch die Verlegung resp. Neuerstellung der Druckleitung durch das Natur- und Landschaftsschutzgebiet sowie den BLN Standort bei Rafgarte vor;

- dass damit die Regelung des Rechts zur Nutzung der Wasserkräfte des Embdbachs im Plangenehmigungsentscheid gegenüber der im Verleihungsvertrag 1956 getroffenen Regelung wesentliche Änderungen erfährt, die zur Abänderung der Wasserrechtskonzession von 1956 führen, welche gemäss Art. 27 Abs. 1 GNW in demselben Verfahren zu erfolgen hat wie bei der Erteilung, d.h. im Konzessionsverfahren nach Art. 7 ff. GNW;
- dass die damalige Konzession aus dem Jahre 1956 für die Wasserentnahme aus dem Jungbach und dem Embdbach erteilt worden ist. Für die nun projektierte eigenständige Fassung des Bächji-Wassers ist jedoch ebenfalls eine Konzession erforderlich, weil die Fassung des Bächji auf Kote 1650 m.ü.M. vor dessen Einmündung in den Embdbach erfolgen soll und es sich somit um die Nutzung eines eigenen selbständigen Fliessgewässers handelt. Aus diesem Grunde kann für diese neue Fassung des Bächji nicht auf die 1956 erteilte Konzession zur Wasserentnahme aus dem Embdbach abgestellt werden, sondern ist hierfür die erstmalige Erteilung der Konzession gemäss den in den Art. 7 ff. GNW vorgesehenen Verfahrensvorschriften (Konzessionsverfahren) erforderlich;
- dass das vorgesehene Projekt gegenüber dem gemäss Verleihungsvertrag 1956 ursprünglich geplanten ein neues Projekt darstellt, weil die Art der Nutzung und die dem Beliehenen auferlegten wirtschaftlichen Leistungen, die zum wesentlichen Inhalt der Verleihung zählen, erheblich geändert werden (versetzte [Emdbach] und neue Wasserfassung [Bächji], Herabsetzung des nutzbaren Gefälles, Festlegung der Restwassermengen für den Embdbach und das Bächji, Verlegung von Druckleitungen, Wirtschaftlichkeitsberechnung, usw.). Unter diesen Umständen muss die Änderungsverfügung sowohl formell als auch materiell den Erfordernissen einer neuen Konzession entsprechen (BGE 119 Ib 254 E. 5b S. 269 f.) und sind grundsätzlich die geltenden Gesetze sowohl bezüglich des Verfahrens als auch der materiellen Anforderungen zu beachten (BGE 119 Ib 270 E. 5b und 9b);
- dass im zu beurteilenden Falle nicht nur bauliche und/oder rein betriebliche Änderungen vorgenommen wurden, sondern wesentliche Bestimmungen der Konzession selbst;
- dass grundsätzlich die Regeln anzuwenden sind, welche für die Erteilung einer neuen Konzession gelten, wenn während des Laufs einer bestehenden Konzession mit sofortiger Wirkung für die an-

dauernde Wasserkraftnutzung derart weitgehende Änderungen festgelegt werden, die auch andere Auswirkungen auf die Umwelt nach sich ziehen. So ergibt sich, dass in diesem Zeitpunkt geprüft werden muss, ob die Wasserkraftnutzung nicht nur den Interessen der verfassungsberechtigten Gemeinden und der Konzessionäre entspricht, sondern ob sie auch allen in Frage stehenden öffentlichen Interessen Rechnung trägt. Hierzu zählen sowohl die energiewirtschaftlichen Interessen an einer rationellen Wasserkraftnutzung als auch die Interessen des Schutzes der Umwelt im weitesten Sinne. Es liegen wesentliche inhaltliche Änderungen der laufenden Konzession von 1956 vor (BGE 119 Ib 294, E. 10g);

- dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auch in Bezug auf konzedierte Werke geltendes Recht zur Anwendung zu bringen ist, soweit es nicht zu einem Eingriff in die Substanz des Rechts führt, eine Regel, die dem in den Konzessionen gemachten allgemeinen Vorbehalt künftigen Rechts entspricht (BGE 107 Ib 146 E. 4). Die geltenden Gesetze zum Schutze der Umwelt gelangen in dem von ihnen festgelegten Umfange auch auf bestehende Anlagen, welche die Umwelt belasten, zur Anwendung. Nicht nur der technische Eingriff, der die Nutzung der Wasserkraft ermöglicht, sondern - ja sogar in erster Linie - die Wasserkraftnutzung mit ihrer andauernden Beeinflussung des natürlichen Wasserhaushaltes belastet die Umwelt. Ausserdem erfährt der Wasserhaushalt im vorliegenden Falle vom Zeitpunkt der neuen vorgesehenen Änderungen der Konzession an wegen der Auswirkungen auf das Wasserregime des Embdbachs und des Bächji eine erhebliche Änderung. Aus diesem Grunde müssen die umweltschutzrechtlich relevanten Auswirkungen der "Konzessionsanpassung" mit neuen Anpassungen der Verleihung für die veränderte Betriebsführung der Wasserkraftnutzung in den bestehenden und baulich anzupassenden Anlagen im jetzigen Zeitpunkt abgeklärt und soweit erforderlich auch verbindlich festgelegt werden (BGE 119 Ib 295, E. 10h). Dies gilt umso mehr für noch nicht konzedierte Werke;

- dass aufgrund der Akten festzustellen ist, dass die Nutzung der Wasserkräfte des Embdbachs und des Bächji durch die B\_\_ AG sowohl den Vorschriften des früheren als auch des neuen GSchG, namentlich den Bestimmungen zur Sicherung angemessener Restwassermengen (Art. 29 ff. GSchG), nicht genügt;

- dass wer einem Fließgewässer mit ständiger Wasserführung über den Gemeindegebrauch hinaus Wasser entnehmen will, dazu gemäss Art. 29 lit. a GSchG eine Bewilligung benötigt. Die Entnahme kann bewilligt werden, wenn die Anforderungen nach Art. 31-35 GSchG erfüllt sind (Art. 30 lit. a GSchG). Art. 31 GSchG setzt die Einhaltung einer Mindestrestwassermenge voraus. Diese wird dabei in Abhängigkeit von der Abflussmenge  $Q_{347}$  definiert. Das ist jene Abflussmenge, die - gemittelt über zehn Jahre - durchschnittlich während 347 Tagen des Jahres erreicht oder überschritten wird und die durch Stauung, Entnahme oder Zuleitung von Wasser nicht wesentlich beeinflusst ist (Art. 4 lit. h GSchG). Abs. 1 von Art. 31 GSchG setzt für Fließgewässer mit geringer Abflussmenge prozentual höhere Mindestrestwassermengen fest als für solche mit grösserer Abflussmenge (vgl. Botschaft vom 29. April 1987 zur Volksinitiative "zur Rettung unserer Gewässer" und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer, BBl 1987 II 1129 Ziff. 322.2). Nach Art. 31 Abs. 2 GSchG muss die nach Abs. 1 berechnete Restwassermenge unter bestimmten Voraussetzungen erhöht werden, so etwa zur Erhaltung seltener Lebensräume und -gemeinschaften (lit. c) und zur Gewährleistung der freien Fischwanderung (lit. d). In einem weiteren Schritt ist die Mindestrestwassermenge gemäss Art. 33 GSchG insoweit zu erhöhen, als sich dies aufgrund einer Abwägung der Interessen für und gegen die Wasserentnahme ergibt. Die hierbei unter anderem zu berücksichtigende Bedeutung der Gewässer als Landschaftselement (Art. 33 Abs. 3 lit. a GSchG) ist dabei auch bei der Beurteilung im Licht von Art. 22 WRG bedeutsam. Nach dieser letztgenannten Bestimmung sind Naturschönheiten zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten (Abs. 1). Zudem sind die Wasserwerke so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören (Abs. 2). Vorausgesetzt ist mithin eine Beurteilung des mit einer Gewässernutzung verbundenen Landschaftseingriffs und eine Abwägung der Interessen am Eingriff gegenüber den Interessen an der Erhaltung der Landschaft. Der Schutz des landschaftlichen Bilds gemäss Art. 22 WRG und die umfassende Interessenabwägung gestützt auf Art. 39 WRG können schliesslich über eine blosser Erhöhung der Mindestrestwassermenge hinaus gebieten, auf die Fassung eines Fließgewässers ganz zu verzichten (BGE 140 II 272/273 E. 5.2);

- dass auch die Vorschriften der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung zu beachten sein werden. Der mit dem USG und mit seitherigen

Gesetzesrevisionen angeordnete verstärkte Schutz von Riedgebieten, Mooren und seltenen Waldgesellschaften (Art. 18 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> sowie Art. 18a und b NHG) ist im Zeitpunkt des Ausbaues der Anlagen und der Neufestlegung der Konzession ernst zu nehmen. Die Gefährdung der Landschaft entlang des Emdbachs und des Bächji hängt jedenfalls teilweise mit der Wasserkraftnutzung durch die B\_\_ AG zusammen. Es rechtfertigt sich daher, die Massnahmen zur Revitalisierung, die sich aus den geltenden Schutz- und Unterhaltsverpflichtungen der Kantone ergeben, im Zeitpunkt der vorgesehenen Änderungen der Konzession zu prüfen und anzuordnen (BGE 119 Ib 297, E. 10he);

- dass der Plangenehmigungsentscheid mit den verfügten Änderungen einer Neukonzessionierung gleichkommt und deshalb eine erneute Gesamtinteressenabwägung erfordert, die zwingend in einem Konzessionsverfahren und nicht lediglich in einem ein bau- und planungsrechtlichen Verfahren zu prüfen sind.