



Erweiterung des Wassernutzungsrechts mit Zusatzkonzessionen

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 12.3223 „Effizienzsteigerung von Wasserkraftwerken ohne Neukonzessionierung ermöglichen“ von Nationalrat Bernhard Guhl vom 15. März 2012



Inhalt

| | |
|---|----|
| 1. Zusammenfassung..... | 3 |
| 2. Einleitung..... | 3 |
| 2.1. Ausgangslage..... | 3 |
| 2.2. Postulat Guhl..... | 4 |
| 2.3. Vorgehen zur Erfüllung des Postulats..... | 5 |
| 3. Rechtliche Aspekte..... | 5 |
| 3.1. Gesetzliche Grundlagen auf Bundesebene | 5 |
| 3.2. Gesetzliche Grundlagen auf kantonaler Ebene | 7 |
| 3.3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung..... | 8 |
| 3.4. Zwischenergebnis: Zulässigkeit von Zusatzkonzessionen | 9 |
| 3.5. Wesen von Konzession und Zusatzkonzession..... | 9 |
| 3.6. Anpassungsbedarf an aktuelles Recht bei Konzessionserneuerung resp. Zusatzkonzessionierung | 10 |
| 3.7. Abgrenzungskriterien | 11 |
| 4. Gesetzesanpassungen..... | 11 |
| 4.1. Auswirkung auf Bundeserlasse | 11 |
| 4.2. Auswirkung auf kantonale Erlasse | 12 |
| 5. Schlussfolgerung..... | 12 |



1. Zusammenfassung

Das Instrument der Zusatzkonzession ist im Bundesrecht bisher noch nicht geregelt, wird von einigen für die Konzessionserteilung zuständigen Behörden auf Bundes- und Kantonsebene allerdings seit vielen Jahren angewandt. Im vorliegenden Bericht wird aufgezeigt, dass die Regelung der Zusatzkonzession zulässig ist, und es wird erläutert, weshalb es sinnvoll ist, die Zusatzkonzession auf Bundesebene im Gesetz zu verankern. Weiter wird dargelegt, dass es den Zielen der Energiestrategie 2050 entspricht, Nutzungserweiterungen unter erleichterten Bedingungen zu ermöglichen. Schliesslich führt der Bericht aus, welche Gesetzesanpassungen hierfür notwendig wären und welche Abgrenzungsprobleme sich stellen.

Unter dem Begriff Neukonzessionierung ist die erstmalige Erteilung einer Konzession zu verstehen. Mit einer Konzessionserneuerung gemäss Artikel 58a des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft vom 22. Dezember 1916 (WRG, SR 721.80) wird das Wassernutzungsrecht erneuert. Eine Zusatzkonzession ermöglicht es hingegen, das bereits verliehene Wassernutzungsrecht während laufender Konzession in beschränktem Masse zu erweitern (vgl. Ziff. 2.1 und 3.5). Für die Erteilung einer Zusatzkonzession muss ein ordentliches Verfahren durchgeführt werden.

2. Einleitung

2.1. Ausgangslage

Der Bau von Wasserkraftwerken erfordert hohe Investitionen. Damit den Betreibern genug Zeit bleibt, diese hohen Investitionen zu amortisieren, verleihen die Gemeinwesen, welche über die Gewässerhoheit verfügen, langjährige Wassernutzungsrechte. Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers (Art. 43 Abs. 1 WRG). Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (Art. 43 Abs. 2 WRG). Im Verlauf der langen, bis zu 80 Jahre dauernden Konzessionszeiträume können sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen ändern. Beispielhaft zu erwähnen ist die mit Artikel 80 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG; SR 814.20) eingeführte Pflicht zur Restwassersanierung. Es können sich aber auch der Strommarkt sowie die Verhältnisse auf der Konzessionsstrecke verändern. Aufgrund der veränderten Umstände sind Modifikationen von Wasserkraftanlagen teilweise notwendig, teilweise sinnvoll. Es sind unterschiedlichste Anpassungen an einer Anlage denkbar. Dazu zählen u. a. Wirkungsgradsteigerungen, die Fassung neuer Gewässer, Höherstau und die Schaffung weiterer Speichermöglichkeiten.

Voraussetzung für bauliche oder betriebliche Änderungen von Anlagen zur Nutzung der Wasserkraft ist in der Regel die Änderung der bestehenden Konzession. Als Schwierigkeit erweist sich, dass Konzessionen nicht kurzfristig und beliebig an veränderte Umstände angepasst werden können. Meistens dauern diese Verfahren länger als Baubewilligungsverfahren, insbesondere dann, wenn das kantonale Recht – im Gegensatz zum Bundesrecht - ein zweistufiges Konzessions- und Baubewilligungsverfahren vorsieht. Bei jeder Veränderung der Anlage, die nicht durch die bestehende Konzession abgedeckt ist, muss die konzessierende Behörde eruieren, ob lediglich ein Teil der Konzession modifiziert werden kann oder ob eine Konzessionserneuerung der gesamten Anlage erfolgen muss. Diese Abgrenzung ist schwierig, da im Bundesrecht bisher keine genauen Vorgaben zum Thema der Nut-



zungsanpassung während laufender Konzession und der Erteilung von Zusatzkonzessionen existieren. Es wird teilweise sogar bestritten, dass das Instrument der Zusatzkonzession zulässig ist. Fakt ist, dass beispielsweise das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK resp. das zuvor zuständige Eidgenössische Departement des Innern EDI in Abstimmung mit der zuständigen deutschen Behörde in der Vergangenheit an mehrere Grenzkraftwerke am Hochrhein Zusatzkonzessionen zur Steigerung der Nutzwassermenge erteilt hat. Bereits im Jahr 1938 wurde beispielsweise der Betreibergesellschaft des Kraftwerks Reckingen eine Zusatzkonzession für eine Erweiterung der Wassernutzung des Rheins verliehen. Der Betreiberin des Kraftwerks Ryburg-Schwörstadt wurden zwischen 1940 und 1984 mehrere befristete Zusatzkonzessionen erteilt. Im Jahr 2011 verlieh das UVEK der Betreiberin Nant de Drance SA eine Zusatzkonzession. Die Betreiberin sollte die Möglichkeit erhalten, die Staumauer Vieux-Emosson zu erhöhen. Mit der Zusatzkonzession wurde der Betreiberin das Recht erteilt, das nutzbare Gefälle zu erhöhen und die Leistung zu steigern. Mit ihrer Praxis brachten die Bundesbehörden zum Ausdruck, dass ihrer Ansicht nach trotz Fehlens einer expliziten bundesrechtlichen Regelung die Bewilligung einer Nutzungserweiterung mittels Erteilung einer Zusatzkonzession bundesrechtskonform ist. In einzelnen Kantonen existieren konkrete gesetzliche Bestimmungen, die allerdings je nach Kanton unterschiedlich ausgestaltet sind.

Die Wasserkraft ist im Rahmen der Energiestrategie 2050 des Bundesrates die wichtigste Quelle von Strom aus erneuerbarer Energie. Die Wasserkraftnutzung soll nach den Zielen der bundesrätlichen Strategie noch beträchtlich gesteigert werden. Auch mit Blick darauf ist es wichtig, dass sinnvolle Ausbauprojekte bestehender Anlagen, die zu einer Produktionssteigerung oder Verbesserung der Energiewertigkeit (z. B. Speicherung) führen, zeitnah umgesetzt werden können und nicht erst im Rahmen einer unter Umständen erst viel später erfolgenden Konzessionserneuerung realisiert werden. Mittels Umbauten und Erweiterungen von bestehenden Wasserkraftwerken soll nach den Zielen des Bundesrates rund ein Drittel des strategischen Ausbauziels für Wasserkraft erreicht werden. Diese Zielsetzung entbindet allerdings nicht von der Sanierungspflicht gemäss Artikel 80 ff. GSchG. Den geltenden Vorschriften des GSchG ist mithin im Wissen um die Ziele der Energiestrategie 2050 Nachachtung zu verschaffen. Das Gesetz sieht vor, dass insbesondere Massnahmen zur Gewässerrevitalisierung, gegen Schwall und Sunk, zur Wiederherstellung des Geschiebehaltungs, zur Verbesserung der Fischgängigkeit und zur Sanierung der Restwasserstrecken zu ergreifen sind. Die Prüfung, welche Anlagenänderungen an einem Standort möglich sind und mit welcher Art von Konzession sie gesetzlich falls bewilligt werden können, bedarf mit anderen Worten einer Berücksichtigung aller Vorgaben und Interessen.

2.2. Postulat Guhl

Am 15. März 2012 reichte Nationalrat Bernhard Guhl das Postulat 12.3223 «Effizienzsteigerung von Wasserkraftwerken ohne Neukonzessionierung ermöglichen» ein. Mit dem Postulat wird der Bundesrat gebeten zu prüfen, welche gesetzlichen Bestimmungen wie geändert werden müssten, damit Betreiber von Wasserkraftwerken Projekte zum Ausbau als auch zur Effizienz- und Leistungssteigerung bestehender Anlagen ohne Neukonzessionierung realisieren können.

Am 23. Mai 2012 beantragte der Bundesrat die Annahme des Postulats. In seiner Stellungnahme hielt der Bundesrat fest, dass er die Prüfung der gesetzlichen Bestimmungen als sinnvoll erachte. Bei einer Annahme sei zu prüfen, «wie den Anliegen des Postulates entsprochen werden kann, ohne dass damit der mit dem Erlass des Gewässerschutzgesetzes im Jahre 1991 geschlossene Kern des Kompromisses seines Sinnes entleert wird». Das Postulat wurde am 28. September 2012 vom Nationalrat angenommen.



Zur Begründung des Postulats wurde Folgendes vorgebracht:

“Mehrere Umweltverbände forderten im Februar 2012 eine Neukonzessionierung der bestehenden Anlagen der Kraftwerke Zervreila AG, weil diese mit dem Projekt Überleitung Lugnez die jährlich erzeugte Energiemenge mittels zusätzlichen Wassers um 15 Prozent ausbauen möchte. Dies obwohl dieser Ausbau ohne Veränderungen oder Leistungserhöhungen der bestehenden Anlagen erfolgen würde. Das ist nur ein Beispiel von absehbaren, ähnlich lautenden Forderungen.

Die Frage, ob Neukonzessionierungen notwendig sind oder nicht, wurde in der Vergangenheit bei mehreren Projekten aufgeworfen. Da bei jeder Neukonzessionierung das erhebliche Risiko besteht, durch die dadurch erforderliche Sanierung nach Artikel 31 des Gewässerschutzgesetzes die Produktion des Kraftwerks zu vermindern, ist das für die Energiegewinnung ungünstig.

Erwarten würde man, dass sich heute alle geeint für die Effizienz- und Leistungssteigerung bei Wasserkraftwerken einsetzen und alle das gemeinsame Ziel haben, dass diese Projekte rasch umgesetzt werden können. Eine Neukonzessionierung allein verschlingt jedoch mehrere Jahre, verzögert oder verhindert gar sinnvolle Projekte. Zudem macht eine Neukonzessionierung bei Anlagen, welche noch eine längere Restlaufzeit haben, keinen grossen Sinn. Gewisse Änderungen bei der Wasserführung und an Wasserfassungen sollen auch ohne Neukonzessionierung einer ganzen Anlage möglich werden.“

2.3. Vorgehen zur Erfüllung des Postulats

Zur Erfüllung des Postulates wurden zunächst die gesetzlichen Grundlagen auf Bundesebene analysiert. Im Anschluss wurden auch die kantonalen gesetzlichen Grundlagen in Hinsicht auf die Verankerung von Zusatzkonzessionen überprüft und die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich möglicher Hinweise zum Thema der Zusatzkonzession konsultiert. Eine Begleitgruppe hat zudem die im Postulat formulierte Thematik mit verschiedenen interessierten Kreisen diskutiert. An der Diskussion nahmen Kantonsvertreter, Vertreter von Umweltverbänden, der Branche und Bundesbehörden teil. Diverse Fragen wurden kontrovers erörtert.

3. Rechtliche Aspekte

3.1. Gesetzliche Grundlagen auf Bundesebene

Das WRG enthält Grundsätze zur Erteilung von Wassernutzungskonzessionen, zum obligatorischen und fakultativen Konzessionsinhalt und belässt den Kantonen einen Spielraum zur eigenen Ausgestaltung der Verfahren im Rahmen des Bundesrechts.

Das WRG enthält jedoch keine Bestimmungen über Nutzungserweiterungen bei laufenden Konzessionen. Unklar ist, ob die fehlende Regelung eine echte Lücke im Gesetz darstellt oder ob der Gesetzgeber die Frage bewusst offen gelassen hat (sog. qualifiziertes Schweigen). Der Zeitpunkt der Entstehung des WRG lässt allerdings eher auf eine Lücke im Gesetz schliessen, da in der Geburtsstunde der Wasserkraft Anfang des letzten Jahrhunderts die (erstmalige) Erteilung von Wassernutzungskonzessionen im Fokus standen, während Nutzungserweiterungen bei laufenden Konzessionen (noch) kein Thema waren.



Da das WRG sich also nicht über Nutzungserweiterungen bei laufenden Konzessionen äussert, stellt sich die Frage, ob sich allenfalls in der Umweltschutzgesetzgebung, die bei Konzessionsvergaben zu beachten ist, Hinweise zu finden sind.

Das GSchG enthält Bestimmungen zur Sicherung angemessener Restwassermengen (Art. 29 ff. GSchG), zur Sanierung von Schwall und Sunk (Art. 39a GSchG) sowie zur Sanierung des Geschiebehaushalts (Art. 43a GSchG), jedoch keine speziellen Regeln zu Zusatzkonzessionen. Eine gewässerschutzrechtliche Bewilligung braucht jeder, der einem Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung über den Gemeingebrauch hinaus Wasser entnimmt (Art. 29 GSchG). Dabei spielt der Entnahmepurpose unter dem Blickwinkel des GSchG keine Rolle. Die gewässerschutzrechtliche Bewilligung wird mit der Wassernutzungskonzession erteilt (Art. 62 Abs. 3 WRG resp. kantonales Recht). Im Umfang der Nutzwassermenge entsteht dem Konzessionär ein wohlverworbenes Recht, in dessen Substanz zu einem späteren Zeitpunkt nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung eingegriffen werden kann (Art. 43 Abs. 2 WRG). Eine Ausnahme davon bildet die Restwassersanierung gemäss Artikel 80 Abs. 1 GSchG. Dieser Bestimmung zufolge müssen Entnahmestellen nach den Anordnungen der Behörde so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbelegende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist.

Im GSchG findet sich hinsichtlich der Anpassung von Nutzungsrechten eine besondere Regelung für die Pumpspeicherung (Art. 39a Abs. 4 GSchG). Die für die Beseitigung von Schwall und Sunk gebauten Ausgleichsbecken sollen ohne Konzessionsänderung für die Pumpspeicherung genutzt werden können. Das ist insofern bemerkenswert, als damit eine unter Umständen signifikante Nutzungsänderung ohne eine Konzessionserneuerung oder Zusatzkonzessionierung vorgenommen werden kann.

Das Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF; SR 923.0) regelt unter anderem, in welchen Fällen eine fischereirechtliche Bewilligung für Eingriffe in die Gewässer, ihren Wasserhaushalt oder ihren Verlauf sowie Eingriffe in die Ufer und den Grund von Gewässern einzuholen ist (Art. 8 Abs. 1 und 3 BGF) und welche Massnahmen zur Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere ergriffen werden müssen (Art. 9 BGF). Das BGF ist auch bei Anlagenänderungen infolge von Nutzungsrechtserweiterungen anwendbar, enthält aber keine expliziten Bestimmungen dazu. Zu beachten bleibt der Umstand, dass Anlagen, die erweitert oder wieder instand gestellt werden, nach dem BGF als Neuanlagen gelten und die Anforderungen, die aus fischereirechtlicher Sicht an Neuanlagen gestellt werden, erfüllen müssen (Art. 8 Abs. 5 BGF). Daraus folgt, dass unabhängig davon, ob eine Zusatzkonzessionierung oder Konzessionserneuerung erfolgen soll, nötigenfalls auch eine fischereirechtliche Bewilligung zu erteilen ist. Im Zusammenhang mit der Erteilung einer Zusatzkonzession gilt allerdings im Normalfall nicht das ganze Kraftwerk als Neuanlage, sondern nur jene Anlagenteile sind als Neuanlagen zu bezeichnen, die neu in ein Gewässer, seinen Wasserhaushalt, Verlauf oder in die Ufer und den Gewässergrund eingreifen, wie z.B. eine neue Fassung. Dafür braucht es eine fischereirechtliche Bewilligung. Die bestehenden alten Anlagenteile müssen erst bei einer Konzessionserneuerung den Anforderungen von Artikel 9 BGF angepasst werden, da sie bis dahin Teil des wohlverworbenen Rechts, deswegen in ihrem Bestand geschützt und somit nicht widerrechtlich sind.

Das Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) enthält ebenfalls keine Bestimmungen im Zusammenhang mit Zusatzkonzessionen. Es ergibt sich aber aus dem Gesetz, dass für Anlagen, die der Umweltverträglichkeitsprüfung unterstellt sind, bei einer geplanten Anlagenänderung der zuständigen Behörde ein Umweltverträglichkeitsbericht unterbreitet werden muss, welcher die Grundlage der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bildet (Art. 10b Abs. 1 USG).



Das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) enthält unter anderem Bestimmungen zum Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt (Art. 18 ff. NHG). Diese Vorschriften bilden die gesetzliche Grundlage zur Anordnung von Schutz-, Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen. Sie sind bei jeder Beeinträchtigung von schutzwürdigen Lebensräumen durch einen technischen Eingriff, mithin bei jeder Modifikation einer Anlage mit Auswirkungen auf geschützte Lebensräume anzuwenden (Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG). Hinweise zur Zusatzkonzession sind aber auch hier nicht zu finden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Bundesgesetzgebung nirgends ausdrücklich gegen die Nutzungserweiterung mittels Zusatzkonzessionierung ausspricht. Bestimmungen, die eine Zusatzkonzessionierung ausdrücklich vorsehen, finden sich aber ebenfalls nicht. Es fehlen zudem Kriterien, in welchen Fällen das Instrument einzusetzen wäre.

3.2. Gesetzliche Grundlagen auf kantonaler Ebene

Während die Möglichkeit der Erteilung von Zusatzkonzessionen im Bundesrecht nicht erwähnt ist, haben einige Kantone, offenbar in der Annahme, das Bundesrecht weise in dieser Frage eine echte Lücke auf, in ihren kantonalen Wassernutzungsgesetzen konkrete Regelungen erlassen.

Einige Kantone, u. a. Obwalden, St. Gallen, Tessin, Wallis und Zug sehen vor, dass die Änderung des Nutzungsrechts einer Anpassung der Konzession bedarf. Sie regeln allerdings nicht, ob für die ganze Anlage die Konzession erneuert werden muss oder ob es ausreicht, nur für die Erweiterung und Erneuerung der Anlage eine Zusatzkonzession zu erteilen. Andere Kantone beurteilen die Änderung des Nutzungsrechts unter dem Blickwinkel des Kriteriums der Wesentlichkeit, lassen aber offen, was darunter zu verstehen ist. Nur gerade bei zwei Kantonen finden sich Definitionen der Wesentlichkeit. Es sind dies die Kantone Bern und Zürich.

Gemäss Artikel 12 Absatz 1 des Wassernutzungsgesetzes des Kantons Bern vom 23. November 1997 (WNG-BE; BSG 752.41) gelten für die Erneuerung oder die wesentliche Änderung einer Konzession die Bestimmungen über die erstmalige Erteilung des Rechts. Als wesentliche Änderung gelten gemäss Artikel 12 Absatz 2 WNG-BE 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 Bruttofallhöhe des genutzten Gewässers um mehr als fünf Prozent (Bst. c), die kombinierte Erhöhung der konzidierten Wassermenge aus dem bereits genutzten Gewässer und der konzidierten Bruttofallhöhe des genutzten Gewässers (Bst. d) sowie die Änderung der Art der Nutzung (Bst. e). Die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen bestimmt nach bernischem Recht die Zuständigkeit und das Verfahren.

Eine klare Grenze hinsichtlich der Nutzungserweiterung kennt einzig § 17 der Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Zürich (KonzV WWG; Ordnungsnummer 724.211). Wird die Bruttoleistung einer bestehenden Wasserkraftnutzung um weniger als 20% erhöht, wird eine Zusatzkonzession erteilt (§17 Abs. 1 KonzV WWG). Wird die Bruttoleistung um mehr als 20% gesteigert, hat eine Konzessionserneuerung zu erfolgen.



3.3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

In seinem Entscheid BGE 119 Ib 254 vom 23. Juni 1993 (in Sachen Saison-Speicherkraftwerk Curciusa-Spina) hielt das Bundesgericht Folgendes fest:

„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 entziehende Wassermenge sowie die Neufestlegung der wirtschaftlichen Leistungen der Beliehenen einschliesslich der Anpassung der Heimfallsregelung legen es nahe, von einer so weit gehenden 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“ (E. 5 b). Dies heisst mit anderen Worten, dass die Konzessionsnachträge im betreffenden Fall eine so weitgehende Änderung des ursprünglich vorgesehenen Nutzungskonzepts bedeuteten, dass sie und auch die damit verbundene «Verlängerung» der Konzessionen der Erteilung einer neuen Konzession gleichkommen (Art. 58 WRG).

Das Bundesgericht führt in Erwägung 9 b weiter aus: „...aus den bereits dargelegten Gründen handelt es sich beim umstrittenen Nachtrag zur ursprünglichen Verleihung der Sache nach um eine neue Konzession, so dass grundsätzlich das geltende Recht sowohl hinsichtlich der formellen als auch der materiellen Anforderungen zu beachten ist (vorstehende E. 5b).“

Das Bundesgericht definierte aber nicht, welche dieser Änderungen für sich alleine oder in der Summe als so weitgehende Änderungen anzusehen seien, dass eine Konzessionserneuerung unumgänglich würde. Eine bereits konzessionierte Anlage darf mittels Erteilung einer Zusatzkonzession folglich in keinem Fall so markant verändert oder die Nutzung derart gesteigert werden, dass die Änderung einem neuen Nutzungskonzept entspricht oder grosse zusätzliche Auswirkungen auf Gewässer und Umwelt resultieren. Es lässt sich somit festhalten, dass das Bundesgericht die Möglichkeit der Erteilung von Zusatzkonzessionen nicht grundsätzlich ausgeschlossen hat, auch wenn es im konkreten Fall entschied, es sei eine Neukonzessionierung durchzuführen.

Das Wasserwirtschaftsamt des Kantons Bern erteilte am 14. März 2007 im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens der Kraftwerke Oberhasli AG (KWO) die Bewilligung für die Erhöhung und Sanierung der Staumauern des Grimselsees. Das Vorhaben bildete Teil 3 des Investitionsvorhabens «KWO plus». Dagegen wurde vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde geführt. In seinem Urteil vom 3. April 2008 hob das Verwaltungsgericht die Bewilligung mit der Begründung auf, dass das Projekt eine Änderung der bestehenden Anlage darstelle, die in einem Konzessionsverfahren zu beurteilen sei. Das Gericht stützte sich dabei auf die damals geltende Fassung des bernischen Wassernutzungsgesetzes, welches die Erhöhung der nutzbaren Fallhöhe als wesentliche Änderung klassifizierte. Des Weiteren stellte das Verwaltungsgericht wesentliche Änderungen bei der Art der Nutzung fest, indem das Volumen des Sees um 80% vergrössert und damit der Winteranteil der Stromproduktion von 43% auf 55% erhöht würde. Das natürliche Wasserregime würde damit wesentlich beeinflusst. Nach Artikel 54 Buchstabe b WRG gehöre zum obligatorischen Inhalt der Konzession die Art der Nutzung. Diese würde durch das Projekt geändert. Gegen die Aufhebung der Bewilligung führten die KWO Beschwerde beim Bundesgericht. Diese Beschwerde wurde vom Bundesgericht am 20. Februar



2009 abgewiesen (BGE 1C_207/2008). In seiner Argumentation folgte das Bundesgericht dem Verwaltungsgericht, stützte sich allerdings weitgehend auf das kantonale Wassernutzungsgesetz ab, welches von einer wesentlichen Konzessionsänderung mit erforderlicher Neukonzessionierung ausging, und liess offen «ob das Vorhaben so erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Landschaft hat, dass neue Bedingungen und Auflagen i.S.v. Artikel 54 Buchstabe d WRG erforderlich sind, wie das BAFU und die Beschwerdegegner geltend machen».

3.4. Zwischenergebnis: Zulässigkeit von Zusatzkonzessionen

Die Möglichkeit zur Erteilung von Zusatzkonzessionen ist im Bundesrecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Auf Bundesebene besteht aber eine langjährige Praxis, Zusatzkonzessionen zur Steigerung der Nutzwassermenge im beschränkten Umfang zu erteilen. Die Kantone haben in ihren Erlassen teilweise Regelungen getroffen und gehen damit von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Zusatzkonzession aus.

3.5. Wesen von Konzession und Zusatzkonzession

Eine Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlverworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers während der Konzessionsdauer. Mit der Wassernutzung sind erhebliche Eingriffe in die Gewässer und die Umwelt verbunden. Deshalb müssen in einem Konzessionsverfahren die Auswirkungen des konkreten Projekts auf die Umwelt untersucht und die Vereinbarkeit der Wasserkraftnutzung mit den Schutzinteressen abgeklärt werden. Bei Anlagen mit ≥ 3 MW installierter Leistung geschieht dies mittels Umweltverträglichkeitsprüfung, bei kleineren, nicht UVP-pflichtigen Anlagen mit einer Umweltnotiz. Der Konzessionär hat insbesondere durch das Ergreifen von Schutz-, Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen gemäss den Bundesgesetzen über den Natur- und Heimatschutz, über die Fischerei und über den Schutz der Gewässer negative Auswirkungen zu vermeiden resp. zu kompensieren. Überdies werden die weiteren Rahmenbedingungen (Verpflichtung zur Entrichtung von geldwerten Leistungen, Unterhaltungspflichten, etc.) für die Konzessionserteilung festgelegt. Konzessionen für Wasserkraftwerke werden für höchstens 80 Jahre erteilt. Das verliehene Nutzungsrecht kann seitens der verleihenden Behörde während der Konzessionsdauer nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmärlert werden. Eine Ausnahme davon bildet wie bereits erwähnt die Restwassersanierung gemäss Artikel 80 Absatz 1 GSchG. Eine vorzeitige Konzessionsanpassung oder -erneuerung auf Wunsch des Konzessionärs ist möglich, aus dessen Sicht allerdings aber risikobehaftet, da der Konzessionär keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer neuen Konzession hat, das Verfahren in der Regel lange dauert, oftmals kompliziert ist und den Einbezug von Betroffenen sowie legitimierten Umweltverbänden erfordert. Jede Konzessionserneuerung erfordert die Einhaltung der aktuell geltenden Gesetze, insbesondere auch der Schutzgesetze. Nicht selten kommt es zu einer Verfahrensverzögerung infolge Beschreitens des Rechtswegs, wo alle Aspekte der Konzession überprüft werden können. Diese Art von Verfahren ist darüber hinaus kostspielig. Zudem fallen Kosten in Form einer Heimfallverzichtsentschädigung an das verleihende Gemeinwesen und von zu leistenden Umweltmassnahmen an. Aus den erwähnten Gründen stellen Konzessionen in der Regel ziemlich statische Rechtsverhältnisse dar.

Das Instrument der Zusatzkonzession soll das verfügbare Gemeinwesen in die Lage versetzen, dass es dem Betreiber während laufender Konzessionsdauer eine Mehrnutzung ermöglichen kann. Die Nutzungserweiterung darf jedoch eine gewisse, im Bundesrecht und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht definierte Schwelle der Wesentlichkeit nicht überschreiten, wenn bloss der



zusätzliche Teil mitsamt seinen Auswirkungen, nicht aber die ganze, bisher bereits genutzte Konzession betrachtet werden soll. Nutzungserweiterungen können beispielsweise die Erschliessung neuer Wasserfassungen, die Erhöhung des Gefälles, die Überleitung von Wasser von einer in eine andere Talschaft oder aber der Verzicht von Wasseraustausch, das Pumpen von Wasser und die veränderte saisonale Nutzung sein.

3.6. Anpassungsbedarf an aktuelles Recht bei Konzessionserneuerung resp. Zusatzkonzessionierung

Um eine Konzessionserneuerung von einer Zusatzkonzessionierung abzugrenzen, sind sowohl Art und Umfang der Nutzungserweiterung, als auch die durch die Erweiterung resp. Erneuerung einer bestehenden Anlage verursachten Auswirkungen auf die Umwelt zu berücksichtigen.

Im Zuge einer Konzessionserneuerung sind die aktuell geltenden Gesetze auf die gesamte Anlage anzuwenden. Dabei werden im Umweltverträglichkeitsbericht resp. in der Umweltnotiz die Auswirkungen auf die Umwelt durch die Konzessionserteilung dargestellt und allenfalls zu leistende Kompensationsmassnahmen definiert. Neben den bereits geschilderten Massnahmen zum Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt nach NHG ist unter anderem auch die Anpassung der gesamten Anlage an die Restwasserbestimmungen von Artikel 29 ff. GSchG nötig, was zu einer wesentlichen Produktionseinbusse und zu einer finanziellen Belastung für den Betreiber führen kann. Die Anforderungen gehen in der Regel über jene der Sanierungsbestimmungen von Artikel 80 ff. GSchG hinaus.

Die bestehenden Anlagenteile geniessen Bestandesschutz. Das Nutzungsrecht wird im bisherigen Umfang durch die wohlerworbenen Rechte geschützt (Art. 43 WRG). Bei einer Zusatzkonzession muss im Verfahren nur überprüft werden, ob der zusätzliche, erweiterte Teil die aktuell geltenden gesetzlichen Bestimmungen erfüllt. Das bereits bestehende Konzessionsverhältnis wird nicht tangiert, sondern ergänzt. Nach der bisherigen Praxis ermöglicht es dieses Vorgehen, die unter Ziff. 3.5 beschriebenen Einschränkungen zu minimieren. Auch zur Erteilung einer Zusatzkonzession ist ein ordentliches Verfahren durchzuführen. Es besteht ebenso die Möglichkeit von Beschwerden, jedoch nur bezüglich der zusätzlich konzessionierten Nutzung, weil das bestehende Konzessionsverhältnis nicht modifiziert wird und somit nicht Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens sein kann. Schutz-, Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen müssen nur für den durch die Zusatzkonzessionierung erfolgenden Eingriff in Umwelt und Gewässer geleistet werden. Heimfallverzichtsentschädigung ist keine geschuldet. Um die Kosten und Produktionseinbussen so gering wie möglich zu halten, ist es mithin im Interesse des Inhabers einer Konzession mit längerer Restlaufzeit, seine Anlage nur soweit zu erweitern, dass die Nutzungserweiterung mit einer Zusatzkonzession bewilligt werden kann. Die Unwägbarkeiten sind so kalkulierbarer.

Da die vom Gesetzgeber festgelegte Frist für die Restwassersanierung schon abgelaufen ist, sollte eine Zusatzkonzession im Normalfall nur dann erteilt werden, wenn bestehende Wasserentnahmen bei einem Kraftwerk bereits nach den Vorgaben von Artikel 80 ff. GSchG saniert sind. Vom Konzessionär unverschuldete Verzögerungen bleiben vorbehalten. Für die neu zu nutzenden Gewässer sind die strengeren Regeln von Artikel 29 ff. GSchG anzuwenden.

Die Sanierungsmassnahmen in den Bereichen Schwall und Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit müssen bis Ende 2030 getroffen werden (Art. 83a GSchG). Sie dürfen durch Ausbauten von bestehenden Anlagen, welche im Rahmen von Zusatzkonzessionierungen realisiert werden, nicht verhindert werden.



3.7. Abgrenzungskriterien

Will man das Instrument der Zusatzkonzession gesetzlich verankern, ist die Frage zu beantworten, wie weit eine Nutzungsänderung oder -erweiterung ermöglicht werden soll resp. welche Beeinträchtigungen der Umwelt noch toleriert werden können, damit eine Nutzungsänderung oder -erweiterung im Rahmen einer Zusatzkonzessionierung zugelassen werden kann. Es müssten materiell-rechtliche Prüfkriterien entwickelt werden, anhand derer entschieden werden könnte, ob ein Projekt die Durchführung einer Konzessionserneuerung oder einer Zusatzkonzessionierung erfordert.

Die Einführung einer fixen Grenze, wie dies der Kanton Zürich gemacht hat, würde Rechtssicherheit bringen und Entscheide voraussehbar werden lassen. Gegen eine fixe, gesetzlich vorgeschriebene Grenze spricht allerdings der Umstand, dass es keinen allgemein gültigen Zusammenhang zwischen dem Umfang einer Nutzungserweiterung und den dadurch verursachten Auswirkungen auf Gewässer und Umwelt gibt. So verursacht eine markante Leistungssteigerung unter Umständen gar nicht grosse Umweltauswirkungen. Es erscheint aber sachlogisch, auf die Umweltauswirkungen einer Anlagenänderung abzustellen, um zwischen Zusatzkonzessionierung und Konzessionserneuerung zu entscheiden. So ist es beispielsweise unbestritten, dass im Rahmen der Erteilung von Zusatzkonzessionen nur insoweit Kompensationsmassnahmen verlangt werden können, als durch die Erweiterung resp. Erneuerung zusätzliche (neue) Beeinträchtigungen im Perimeter der bereits konzessionierten Anlage entstehen (bspw. Verstärkung von bestehendem Schwall und Sunk).

Schliesslich muss auch die Dauer der Restlaufzeit der bestehenden Konzession für den Entscheid zwischen Konzessionserneuerung und Erteilung einer Zusatzkonzession berücksichtigt werden. Die Dauer der Zusatzkonzession hat sich an der verbleibenden Dauer der laufenden bestehenden Konzession zu orientieren, da eine Zusatzkonzession nicht als eigenständige Konzession ausgestaltet werden kann. Damit werden ein Auseinanderfallen der Konzessionsdauer und der Nutzungsrechte von Zusatzkonzession und bestehender Konzession vermieden, ebenso wie potentiell daraus folgende Probleme. Ist die Restlaufzeit der bestehenden Konzession nur noch kurz, lohnt es sich für einen Gesuchsteller nicht, zuerst das Verfahren für eine Zusatzkonzession und wenige Jahre später das Konzessionserneuerungsverfahren der gesamten Anlage zu durchlaufen. Sinnvollerweise ist bei einer Restlaufzeit von 15 Jahren oder weniger eine vorgezogene Neukonzessionierung durchzuführen.

Wird der Weg der Zusatzkonzession eingeschlagen und ist die Restlaufzeit der bestehenden Konzession zu kurz, um die Erweiterungsinvestitionen zu amortisieren, so können Gemeinwesen und die Kraftwerksgesellschaft eine Amortisationsvereinbarung abschliessen.

4. Gesetzesanpassungen

4.1. Auswirkung auf Bundeserlasse

Wenn das Instrument der Zusatzkonzession für die ganze Schweiz explizit geregelt werden sollte, so würde dies eine Gesetzesrevision bedingen. Voraussichtlich wäre von den Bundeserlassen vor allem das WRG anzupassen. Mit neuen Bestimmungen im WRG könnten gesamtschweizerisch eine Harmonisierung und Rechtssicherheit herbeigeführt und dabei auch die wichtigsten Voraussetzungen für die Erteilung einer Zusatzkonzession festgelegt werden. Dabei stehen zwei Varianten im Vordergrund.



Es besteht einerseits die Variante, die Zusatzkonzession ausdrücklich im Gesetz zu verankern und gleichzeitig zu regeln, in welchem Verhältnis die Zusatzkonzession zur bestehenden Konzession steht. Es ist angezeigt, das Instrument der Zusatzkonzession nicht als eigenständige Konzession, sondern als Ergänzung einer bestehenden Konzession auszugestalten. Damit kann ein Auseinanderfallen der Nutzungsrechte vermieden werden. Die Zusatzkonzession lehnt sich in diesem Fall an die bestehende Konzession an, womit deren allgemeine Bestimmungen (Konzessionär, Konzessionsdauer, usw.) auch für die Zusatzkonzession gelten. Die Dauer der Zusatzkonzession muss sich nach der Restlaufzeit der bestehenden Konzession richten. Damit wird sichergestellt, dass das verleihende Gemeinwesen in gewissen Intervallen umfassend über die verliehenen Rechte befinden kann. Auch die Rechtskonformität der Wasserkraftnutzung kann so periodisch und umfassend überprüft werden.

Andererseits könnte eine detailliertere Variante zusätzlich regeln, anhand welcher Kriterien die Abgrenzung zwischen Zusatzkonzessionierung und Konzessionserneuerung vorzunehmen wäre.

Was die Regelung des Verfahrens betrifft, sollte das Verleihungsverfahren einer Zusatzkonzession dem Verfahren für die Verleihung einer normalen Konzession entsprechen, wobei insbesondere die Veröffentlichung, die Beteiligung von direkt Betroffenen und beschwerdeberechtigten Umweltverbänden sowie die Einräumung von Verfahrensrechten zu gewährleisten sind. Dabei bliebe es den Kantonen vorbehalten, im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben unterschiedliche Verfahren je nach Umfang des zusätzlichen Nutzungsrechts zu bestimmen und insbesondere für Zusatzkonzessionen mit geringen Auswirkungen ein vereinfachtes Verfahren vorzusehen.

4.2. Auswirkung auf kantonale Erlasse

Im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben haben die Kantone die Möglichkeit, das Verfahren nach den eigenen Vorstellungen auszugestalten. Würde im Bundesrecht das Instrument der Zusatzkonzession verankert, müssten alle Kantone dieses Instrument in ihren Rechtsordnungen einführen. Jene Kantone, die das Institut Zusatzkonzession in ihren Gesetzen bisher ausgeschlossen haben, müssten ihre kantonalen Vorschriften anpassen. Die Kantone wären dann verpflichtet, basierend auf den bundesrechtlichen Rahmenbedingungen im kantonalen Recht detaillierte Regelungen zu erlassen. Vordefinierte Abgrenzungskriterien würden zwingend gelten und könnten nicht derogiert werden.

5. Schlussfolgerung

In der Praxis werden sowohl auf Bundesebene wie auch auf kantonaler Ebene Zusatzkonzessionen erteilt. Das Bundesrecht äussert sich nicht ausdrücklich zur Zusatzkonzession. Es finden sich aber auch keine Bestimmungen, welche der Erteilung von Zusatzkonzessionen entgegenstünden. Auch das Bundesgericht hat dies bisher, soweit ersichtlich, nicht in Frage gestellt. Zur effizienten zusätzlichen Nutzung von Wasserkraftpotential an geeigneten Orten erachtet der Bundesrat die Erteilung von Zusatzkonzessionen auch vor dem Hintergrund der Energiestrategie 2050 als sinnvoll. Er ist der Ansicht, dass das Instrument der Zusatzkonzession im Sinne der Rechtssicherheit und Klarheit, aber auch im Interesse einer gewissen Harmonisierung im WRG verankert und in seinen Grundzügen geregelt werden sollte.