



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK
Bundesamt für Energie BFE

Schlussbericht 1. Oktober 2008

Grundlagen Wasserzinspolitik

Rechtliche Überlegungen

Auftraggeber:

Bundesamt für Energie BFE
Forschungsprogramm Wasserkraft
CH-3003 Bern
www.bfe.admin.ch

Auftragnehmer:

Dr. iur. Jörg Leimbacher
Könizstrasse 43
CH-3008 Bern

Autoren:

Dr. Jörg Leimbacher, joerg.leimbacher@swissonline.ch

BFE-Bereichsleiter: Dr. Michael Moser

BFE-Programmleiter: Dr. Klaus Jorde

BFE-Vertrags- und Projektnummer: 153432 / 102651

Für den Inhalt und die Schlussfolgerungen ist ausschliesslich der Autor dieses Berichts verantwortlich.

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| <i>Inhaltsübersicht</i> | 2 |
| <i>Inhaltsverzeichnis</i> | 3 |
| <i>Literaturverzeichnis</i> | 8 |
| <i>Abkürzungsverzeichnis</i> | 13 |
| | |
| 1. <i>Auf einen Blick</i> | 16 |
| 2. <i>Zusammenfassung</i> | 19 |
| 3. <i>Ausgangslage und Auftrag</i> | 29 |
| 4. <i>Themen und Fragestellungen</i> | 44 |
| 5. <i>Das Wasserzinsmaximum</i> | 45 |
| 6. <i>Erhöhung des Wasserzinsmaximums</i> | 89 |
| 7. <i>Indexierung des Wasserzinsmaximums</i> | 105 |
| 8. <i>Abschaffung des Wasserzinsmaximums</i> | 120 |
| 9. <i>Einführung eines Speicherzuschlages</i> | 142 |
| 10. <i>Teilzweckbindung des Wasserzinses</i> | 169 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| <i>Inhaltsübersicht</i> | 2 |
| <i>Inhaltsverzeichnis</i> | 3 |
| <i>Literaturverzeichnis</i> | 8 |
| <i>Abkürzungsverzeichnis</i> | 13 |
| | |
| 1. <i>Auf einen Blick</i> | 16 |
| 2. <i>Zusammenfassung</i> | 19 |
| 3. <i>Ausgangslage und Auftrag</i> | 29 |
| 3.1 Parlamentarische Vorstösse der letzten zwei Jahre | 30 |
| 3.11 Postulat Cathomas | 31 |
| 3.12 Motion Inderkum | 33 |
| 3.12.1 Parlamentarische Initiative der UREK-S: „Angemessene Wasserzinsen“ | 35 |
| 3.13 Postulat Fässler-Osterwalder | 36 |
| 3.14 Interpellation Brändli | 38 |
| 3.15 Interpellation Escher | 40 |
| 3.16 Postulat Rey | 42 |
| 3.2 Weitere für die Nutzung der Wasserkräfte relevante politische Vorstösse | 44 |
| 4. <i>Themen und Fragestellungen</i> | 44 |
| 4.1 Themen | 44 |
| 4.2 Rechtliche Fragestellungen | 45 |
| 5. <i>Das Wasserzinsmaximum</i> | 45 |
| 5.1 Die Verfassungsgrundlage | 45 |
| 5.11 Art. 76 BV und Art. 49 WRG | 45 |
| 5.12 Historische Entwicklung des Wasserrechts | 47 |
| 5.13 Keine verfassungsrechtliche Verpflichtung auf die heutigen „Schranken“ | 49 |
| 5.13.1 Mehrere Arten von „Schranken“ denkbar | 50 |
| 5.2 Das Wasserrechtsgesetz | 52 |

| | | |
|--------|---|----|
| 5.21 | Entstehung des Gesetzes | 52 |
| 5.22 | Bisherige Revisionen des Wasserrechtsgesetz | 53 |
| 5.23 | Künftige Revisionen des Wasserrechtsgesetzes | 53 |
| 5.3 | Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums | 54 |
| 5.4 | Zur Höhe des Wasserzinses | 63 |
| 5.41 | Die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ des Wasserzins(-Maximums)..... | 65 |
| 5.42 | Berechnung des Wasserzinses | 67 |
| 5.5 | Die Gewässerhoheit | 68 |
| 5.51 | Sondernutzung | 69 |
| 5.52 | Abgabe für Sondernutzung | 70 |
| 5.6 | Rechtsnatur des Wasserzinses..... | 70 |
| 5.61 | Erfordernis einer Konzession zur Nutzung der Wasserkraft..... | 70 |
| 5.62 | Der Wasserzins als Kausalabgabe | 72 |
| 5.63 | Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage..... | 73 |
| 5.64 | Beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips | 74 |
| 5.7 | Art. 43 WRG: Das wohlerworbene Recht auf die Benutzung eines Gewässers | 74 |
| 5.71 | Zusammenfassung der Thematik: Erhöhung des Wasserzinsmaximums trotz wohlerworbener Rechte?..... | 75 |
| 5.72 | Entstehung durch Konzession/Verleihung | 75 |
| 5.73 | Schutz der wohlerworbenen Rechte | 76 |
| 5.73.1 | Eigentumsgarantie..... | 76 |
| 5.73.2 | Vertrauensschutz/Treu und Glauben..... | 77 |
| 5.73.3 | Fazit | 78 |
| 5.74 | Inhalt/Gehalt wohlerworbener Rechte | 79 |
| 5.75 | Einschränkbarkeit wohlerworbener Rechte..... | 81 |
| 5.76 | Erhöhung des Wasserzinses bei bestehenden Konzessionen | 82 |
| 5.76.1 | Vorbehalt künftiger Gesetzgebung | 83 |
| 5.77 | Wohlerworbene Rechte bei Ablauf oder Erneuerung einer Konzession | 87 |
| 5.8 | Die Konzessionsabgabe | 87 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 5.9 | Besondere kantonale Steuern..... | 88 |
| 6. | <i>Erhöhung des Wasserzinsmaximums.....</i> | 89 |
| 6.1 | Einleitung..... | 89 |
| 6.2 | Weiter wie bisher | 90 |
| 6.21 | Grundsatz | 90 |
| 6.22 | Zuständigkeit gemäss Art. 76 Abs. 4 BV..... | 91 |
| 6.23 | Bisherige Erhöhungen des Wasserzinsmaximums | 91 |
| 6.24 | Gründe für und gegen eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums | 94 |
| 6.25 | Zur Höhe des Wasserzinses | 96 |
| 6.26 | Die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ von Wasserzinserhöhungen | 97 |
| 6.3 | Zu beachten | 98 |
| 6.31 | Erhöhung des Wasserzinsmaximums trotz wohlerworbener Rechte? | 98 |
| 6.32 | Umsetzung ins kantonale Recht | 100 |
| 6.33 | Beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips | 101 |
| 6.34 | Internationale Verhältnisse..... | 101 |
| 7. | <i>Indexierung des Wasserzinsmaximums</i> | 105 |
| 7.1 | Einleitung..... | 105 |
| 7.2 | Sinn und Zweck einer Indexierung | 105 |
| 7.21 | Delegation an den Bundesrat? | 107 |
| 7.21.1 | Vorschläge Kilchenmann..... | 109 |
| 7.22 | Einigung auf einen Erfahrungswert?..... | 113 |
| 7.23 | Zumutbarkeit bzw. Tragbarkeit der Erhöhung des Wasserzinses durch eine Indexierung | 116 |
| 7.3 | Zu beachten | 117 |
| 7.31 | Delegation an den Bundesrat..... | 117 |
| 7.32 | Anwendbarkeit einer Erhöhung des Wasserzinsmaximums mittels einer Indexierung | 119 |
| 7.33 | Kantonale Vorbilder..... | 120 |
| 8. | <i>Abschaffung des Wasserzinsmaximums</i> | 120 |
| 8.1 | Einleitung..... | 120 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 8.2 | Bestrebungen zur „Liberalisierung“ | 122 |
| 8.21 | Alternativen zur heutigen Wasserzinsregelung | 122 |
| 8.22 | Liberalisierungsbemühungen der letzten Jahre | 129 |
| 8.22.1 | Die Beratungen von 1996 | 129 |
| 8.22.2 | Bergkantone | 132 |
| 8.22.3 | Interpellation Escher | 132 |
| 8.3 | Voraussetzungen einer „Liberalisierung“ | 132 |
| 8.31 | Verfassungsänderung | 133 |
| 8.32 | Änderungen der Wasserrechtsgesetzgebung | 134 |
| 8.33 | (Re-)Kantonalisierung der Wasserzinsfrage | 134 |
| 8.4 | Zu beachten | 137 |
| 8.41 | Mehr Gerichtsverfahren | 137 |
| 8.42 | Anwendung auf bestehende Konzessionen | 138 |
| 8.43 | Keine Abschaffung der wohlerworbenen Rechte | 138 |
| 8.43.1 | Art. 49 ^{bis} WRG aus dem Jahre 1996 | 139 |
| 8.44 | Gründe für und gegen eine Änderung des heutigen Wasserzinssystems | 141 |
| 9. | <i>Einführung eines Speicherzuschlages</i> | 142 |
| 9.1 | Einleitung | 142 |
| 9.2 | Differenzierung des Wasserzinses | 144 |
| 9.3 | Der Speicherzuschlag – anhand der Diskussion aus den Jahren 1995/1996 | 150 |
| 9.31 | Fehlende Argumente für den Speicherzuschlag als Steuer | 150 |
| 9.32 | Überwiegende Einschätzung des Speicherzuschlages als Teil des Wasserzinses ... | 152 |
| 9.33 | Gründe gegen einen Speicherzuschlag | 156 |
| 9.4 | Zu beachten | 161 |
| 9.41 | Rechtsnatur des Speicherzuschlages | 161 |
| 9.42 | Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage | 164 |
| 9.43 | Beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips | 164 |
| 9.44 | Zur Höhe des Speicherzuschlages | 166 |
| 9.44.1 | Die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ eines Speicherzuschlages | 166 |

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

| | | |
|-------|---|-----|
| 9.45 | Berechnung des Wasserzinses | 167 |
| 9.5 | Exkurs: Pumpspeicherung | 167 |
| 10. | <i>Teilzweckbindung des Wasserzinses</i> | 169 |
| 10.1 | Einleitung | 169 |
| 10.2 | Auftrag: Summarische Würdigung des Gutachtens BJ/BAFU | 169 |
| 10.21 | Parlamentarische Initiative „Schutz und Nutzung der Gewässer“ | 170 |
| 10.22 | Gutachten des Bundesamtes für Umwelt/Bundesamtes für Justiz | 171 |
| 10.3 | Kurzer Kommentar | 178 |

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

LITERATURVERZEICHNIS

BANFI SILVIA/FILIPPINI MASSIMO/LUCHSINGER CORNELIA/MÜLLER ADRIAN, Bedeutung der Wasserzinse in der Schweiz und Möglichkeit einer Flexibilisierung, Universität St. Gallen/Centre for Energy Policy and Economics, Swiss Federal Institut of Technology, Zürich 2004.

BIAGGINI GIOVANNI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007.

BLUNSCHY JSABELLE, Die Sanierung von Gewässern; Vorgehen des Kantons Bern bezüglich Wasserkraftanlagen, in: URP 1996, 732 ff.

BLUNSCHY JSABELLE, Die wohlerworbenen Wasserkraftrechte und die Sanierung nach Artikel 80 GSchG, in: URP 1998 769 ff.

BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931.

DUBACH WERNER, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten vom November 1979 über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, Bundesamt für Wasserwirtschaft, Mitteilung Nr. 1/80

ECKERT MAURUS, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, Zürcher Diss., Schriftenreihe zum Umweltrecht, Band 18, Zürich 2002.

ECKERT MAURUS/HUNGER BEAT, Die Bedeutung des Falls Ilanz für die Anwendung von Art. 80 Abs. 1 GSchG, in: URP 1998 258 ff.

EGGER WALTER, Die öffentlichen Abgaben der Wasserwerkanlagen, Diss. Bern 1923.

FOPPA CLAU, Elektrizitätsversorgung und Wasserzins aus der Sicher der Energieproduzenten, in: Energiepolitik und Wasserzins, Schweizerische Arbeitsgemeinschaft für die Berggebiete, Brugg, September 1993, 25 ff.

HÄNER ISABELLE, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als effizienteres Instrument für den Umweltschutzvollzug?, in: URP 2001, 591 ff.

HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band III, Basel 1889.

HUBER-WÄLCHLI VERONIKA/KELLER PETER M., Zehn Jahre Rechtsprechung zum neuen Gewässerschutzgesetz, in: URP 2003, 1 ff.

JAGMETTI RICCARDO, Energerecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Basel/Genf/München 2005.

JAGMETTI RICCARDO, Kommentar aBV, Kommentar zu Art. 24 und 24^{bis} BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

KILCHENMANN FRITZ, Wasserzinsmaximum, Bericht und Kurzfassung, Mitteilung Nr. 6 des Bundesamtes für Wasserwirtschaft, Bern 1995

LEIMBACHER JÖRG/PERLER THOMAS, Die Bedeutung des Eigentumsbegriffs für die Ressourcennutzung, in: Kissling-Näf Ingrid/Varone Frédéric (Hrsg.), Institutionen für eine nachhaltige Ressourcennutzung, Innovative Steuerungsansätze am Beispiel der Ressourcen Luft und Boden, Chur/Zürich 2000, 73 ff.

LEIMBACHER JÖRG/PERLER THOMAS, Juristisches Screening der Ressourcenregime in der Schweiz (1900-2000), Working paper de l'IDHEAP 9/2000, 2 Bände, Chavannes-près-Renens 2000.

LIVER PETER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Giesike, Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Karlsruhe 1958, 225 ff.

LIVER PETER, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, Basel 1952; auch in: ZSR, Neue Folge, 71/I 1952, 323 ff.

MAEGLI ROLF, Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft im Umweltschutz – Möglichkeiten und Grenzen, in: URP 1997, 363 ff.

MAHON PASCAL, Kommentar zu Art. 76 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Hrsg., Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003.

MARTI ARNOLD, Kommentar zu Art. 76 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Hrsg., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008.

MUTZNER PAUL, Berechnung des Wasserzinses für Akkumulierwerke, Sonder-Abdruck aus dem Bulletin des SEV (Schweizerischer Elektrotechnischer Verein), Nr. 23, 1938, 3 ff.

MUTZNER PAUL, Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens über die Wasserkräfte und die Grenzen der fiskalischen Belastung der Wasserwerke, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1928, Zürich 1928, 15 ff.

MUTZNER PAUL, Der zeitliche Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Nutzbarma-chung der Wasserkräfte, in: Festgabe Fritz Fleiner, Zürich 1937, 115 ff.

PESTALOZZI MARTIN, Sicherung angemessener Restwassermengen – alles oder nichts?, in: URP 1996 708 ff.

RIVA ENRICO, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen. Dogmatische Grundlagen und Anwendungen auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössi-schen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007.

SIGG RUEDI/RÖTHLISBERGER WERNER, Der Wasserzins – die wichtigste Abgabe auf der Wasserkraftnutzung in der Schweiz. Berichte des BWG, Serie Wasser – Rapports de l'OFEG, Série Eaux – Rapporti dell'UFAEG, Serie Acque Nr. 3, Bern 2002.

STRUß DOMINIK, Wohlerworbene Rechte. Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts. Freiburger Diss. Freiburg, Schweiz 2001.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

TRÜEB HANS RUDOLF, Die so genannte Bauherrenaltlast, in: URP 2007, 616 ff.

WYER HANS, Die Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum, Rechtliche Grundlagen und Perspektiven, Wien/Köln/Zürich, Basel, Genf 2002.

WYER HANS, Die öffentlichen Abgaben der Wasserkraftnutzung im Alpenraum, Wien/Stuttgart/Zürich, Basel, Genf 2006.

WYER HANS, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung. Berner Diss., Visp 2000.

Materialien

JEAN-FRANÇOIS/REGIERUNGSKONFERENZ DER GEBIRGSKANTONE, ARBEITSGRUPPE „WASSERZINSE“, Ist eine Neugestaltung der Wasserzinsschranke verfassungsrechtlich gerechtfertigt?, Rechtsgutachten erstellt in Zusammenarbeit und unter Aufsicht von Prof. Dr. Jean-François Aubert, Neuenburg, April 1994.

BERICHT UND ANTRAG des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Monopolisierung der Wasserkräfte vom 4. Juni 1894; BBI 1894 II 820 ff.

Bericht der Eidg. Studienkommission für die Ausarbeitung eines Vorentwurfes eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Erhöhung des Maximums des Wasserzinses) vom 31. Juli 1974; Kommission Righetti.

BERICHT des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Zurückkommen auf die Beschlüsse der beiden Räte zu den Art. 10 und 10a des Entwurfes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912, vom 25. Juli 1916; BBI 1916 III 411 ff.

BERICHT des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau vom 4. Mai 1954 („Rheinau-Initiative“), vom 13. Mai 1954; BBI 1954 I 721 ff.

BERICHT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Postulat über die Ausnützung der Wasserkräfte und BOTSCHAFT zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 24. September 1945; BBI 1945 II 81 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Bundesgesetzgebung über die Wasserkräfte vom 30. März 1907; BBI 1907 II 624 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung über die eidgenössische Volksabstimmung vom 25. Oktober 1908 betreffend Aufnahme eines Artikels 24^{bis} (Wasserkräfte) in die Bundesverfassung vom 24. November 1908; BBI 1908 VI 7 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912; BBI 1912 II 669 ff.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

BOTSCHAFT zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 24. September 1945; BBI 1945 II 81 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 18. November 1951; BBI 1951 III 565 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 5. Juni 1967; BBI 1967 I 1025 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Verfassungsrevision für das Gebiet der Wasserwirtschaft (Art. 24^{bis} und 24^{quater}) vom 13. September 1972; BBI 1972 II 1148 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. November 1975; BBI 1975 II 2138 ff.

BOTSCHAFT betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) vom 12. November 1984, BBI 1984 III 1441 ff.

Botschaft zur Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 29. April 1987; BBI 1987 II 1061 ff.

BOTSCHAFT über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. August 1995; BBI 1995 IV 991.

BOTSCHAFT über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996; BBI 1997 I 1 ff.

BUNDESBESCHLUSS betreffend die Gesetzgebung des Bundes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und über die Fortleitung und die Abgabe der elektrischen Energie vom 26. Juni 1908; BBI 1908 IV 493 ff.

BUNDESBESCHLUSS über die Totalrevision der Bundesverfassung vom 3. Juni 1987; BBI 1987 II 963.

BUNDESRATSBECHLUSS über die Volksabstimmung vom 25. Oktober 1908 (Aufnahme eines Artikels 24^{bis} in die Bundesverfassung betreffend die Gesetzgebung des Bundes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und über die Fortleitung und die Abgabe der elektrischen Energie) vom 17. Juli 1908; BBI 1908 IV 497 f.

ECONCEPT/BUNDESAMT FÜR ENERGIE, Strategie Wasserkraftnutzung Schweiz, Grundlagen und strategische Ansatzpunkte, Zürich, Bern September 2006.

GUTACHTEN, „Verfassungsmässigkeit der Finanzierungsvarianten im Rahmen eines Ge- genentwurfs zur Initiative Lebendiges Wasser“, des Bundesamtes für Umwelt, Ab- teilung Recht und des Bundesamtes für Justiz, vom 6. Februar 2008, zuhanden der UREK-S.

KREISSCHREIBEN des Bundesrates an sämmtliche Kantonsregierungen betreffend die Mo- nopolisierung der Wasserkräfte vom 8. September 1891; BBI 1891 IV 333 ff.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

KREISSCHREIBEN des Bundesrates an sämtliche Kantonsregierungen betreffend den Erlass kantonaler Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 20. April 1917; BBI 1917 II 715 ff.

KREISSCHREIBEN des Bundesrates an die Kantonsregierungen betreffend die Änderung der Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses vom 30. Dezember 1953, BBI 1954 I 3 ff.

VEREINBARUNG zur staatlichen Belastung der Wasserkraftwerke am Hochrhein" vom 28. November 2004 zwischen der Schweiz, vertreten durch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, und dem Land Baden-Württemberg, Ministerium für Umwelt und Verkehr.

Gesetzestexte/Bundesnormen zum Wasserzins

BUNDESGESETZ über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916; BBI 1916 IV 599 ff.

BUNDESGESETZ betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 20. Juni 1952; BBI 1952 II 381 ff.

BUNDESGESETZ betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 21. Dezember 1967; BBI 1967 I 7 f.

BUNDESGESETZ über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte; BBI 1976 III 623 f.

BUNDESGESETZ über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte Änderung vom 21. Juni 1985; BBI 1985 II 294 f.

BUNDESGESETZ über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Änderung vom 13. Dezember 1996; BBI 1996 V 998 ff., in Kraft seit 1. Mai 1997 (SR 721.80, AS 1997 991).

VERORDNUNG über die Abgeltung von Einbussen bei der Wasserkraftnutzung (VAEW), vom 25. Oktober 1995, in Kraft getreten am 15. November 1995 (SR 721.821, AS 1995 4856).

VERORDNUNG über die Berechnung des Wasserzinses (Wasserzinsverordnung, WZV) vom 12. Februar 1918; SR 721.831.

VERORDNUNG über den Anteil am Wasserzins vom 16. April 1997; SR 721.832.

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------------------------|--|
| A.a.O. | am angegebenen Ort |
| Abs. | Absatz |
| aBV | alte Bundesverfassung, Vorläuferin der heutigen Bundesverfassung |
| aCst. | aBV |
| a.M. | anderer Meinung |
| Amtl. Bull. | Amtliches Bulletin (NR: Nationalrat; SR: Ständerat) |
| Anm. | Anmerkung (Fussnote) |
| Art. | Artikel |
| Art. 24 ^{bis/alt} | Art. 24 ^{bis/alt} meint den „alten“ Verfassungsartikel mit der Nummer 24 ^{bis} aus dem Jahre 1908; Art. 24 ^{bis} verweist auf den revidierten Artikel mit der gleichen Nummer aus dem Jahre 1975. |
| Aufl. | Auflage |
| BBI | Bundesblatt |
| BFE | Bundesamt für Energie |
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| BAFU | Bundesamt für Umwelt (früher Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft, BUWAL) |
| Bst. | Buchstabe (litera) |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998 (SR 101) |
| bzw. | beziehungsweise |
| d.h. | das heisst |
| Diss. | Dissertation |
| E. | Erwägung |
| EnG | Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (SR 730.0) |
| f., ff. | und folgende |
| gl.M. | gleicher Meinung |

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

| | |
|-----------------|---|
| Hrsg., hrsg. v. | Herausgeber, herausgegeben von |
| i.d.R. | in der Regel |
| i.e.S. | im engeren Sinne |
| i.S. | in Sachen/im Sinne |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| i.w.S. | im weiteren Sinne |
| Kap. | Kapitel |
| kW | Kilowatt |
| kWh | Kilowattstunde |
| LFH | Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (SR/RS 721.80); vgl. WRG |
| lit. | litera (Bst.) |
| m.E. | meines Erachtens |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| Nr. | Nummer |
| Pra | Praxis des Bundesgerichts |
| PS | Pferdestärke (1 PS = 0.7355 kW) |
| Rz. | Randziffer |
| sc. | scilicet: das heisst, nämlich; in Zitaten eingefügten eigenen Erläuterungen vorangestellt |
| SG | Systematische Gesetzesammlung Basel-Stadt |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| StromVG | Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz) vom 23. März 2007 (SR 734.7) |
| URP/DEP | Umweltrecht in der Praxis/Le Droit de l'environnement dans la pratique |
| USG | Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01) |

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

| | |
|-------|--|
| UVEK | Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation |
| u.a. | unter anderem/anderen |
| usw. | und so weiter |
| u.U. | unter Umständen |
| vgl. | vergleiche |
| VAEW | Verordnung über die Abgeltung von Einbussen bei der Wasserkraftnutzung vom 25. Oktober 1995 (SR 721.821) |
| VPB | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden |
| WRG | Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz) vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80) |
| WZV | Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses (Wasserzinsverordnung) vom 12. Februar 1918 (SR 721.831) |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZBI | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |

1. AUF EINEN BLICK

Das Wasserzinsmaximum – Art. 76 Abs. 4 BV und Art. 49 Abs. 1 WRG

Die Zuständigkeit der Kantone (der verleihenden Gemeinwesen) zur Bestimmung der Höhe des Wasserzinses ist eingeschränkt.

Über das durch Art. 49 Abs. 1 WRG (i.V.m. Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV) bestimmte Wasserzins-Maximum dürfen sie nicht hinausgehen.

Wollte man wieder die Kantone allein die Höhe des Wasserzinsmaximums bestimmen lassen, wäre eine Änderung der Verfassung notwendig.

Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums

Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums war es, die Nutzung der Wasserkraft zu fördern.

Die „richtige“ Höhe des Wasserzins-Maximums lässt sich nicht „objektiv“ bestimmen. Das Wasserzinsmaximum ist eine politische Grösse.

Der Wasserzins muss „zumutbar“ bzw. „wirtschaftlich tragbar“ sein. Gemäss Bundesgericht ist dies der bundesrechtliche Höchstsatz. Auf kantonale Höchstsätze (ohne bundesrechtliches Maximum) träfe das nicht zwingend zu.

Die Gewässerhoheit

Die Gewässerhoheit liegt bei den Kantonen. Sie verleiht ihnen die Befugnis, über die Nutzung der Wasserkraft zu bestimmen und dafür Abgaben zu erheben.

Bei der Nutzung der Wasserkraft handelt es sich um eine *Sondernutzung*, die durch das Bundesrecht konzessionspflichtig erklärt wird.

Kausalabgabe, nicht Steuer

Der Wasserzins ist eine *Kausalabgabe*. Es handelt sich *nicht* um eine Steuer.

Der Wasserzins als öffentliche Abgabe ist das Entgelt für das Zurverfügungstellen eines öffentlichen Gutes, d.h. der Preis für die Ressource. Er unterliegt dem *Legitimitätsprinzip*, aber *nicht dem Kostendeckungsprinzip*. Dem *Äquivalenzprinzip* kommt lediglich beschränkte Bedeutung zu. Dieses Maximum ist zwingender Natur; es kann selbst mit Zustimmung des Konzessionärs nicht überschritten werden.

Wohlerworrene Rechte und Erhöhung des Wasserzinses

Art. 43 Abs. 1 WRG verschafft dem Konzessionär „nach Massgabe des Verleihungsaktes“ ein sogenanntes „wohlerworbenes Recht“.

Ob der Wasserzins während der Laufzeit einer Konzession erhöht werden kann, ist primär von ihrem Inhalt und/oder der kantonalen Gesetzgebung zur Zeit der Verleihung abhängig. Wurde durch einen Vorbehalt *klarerweise* geregelt, Erhöhungen des Wasserzinses seien möglich, dann stellt eine Erhöhung des Wasserzinses keine Verletzung eines wohlerworbenen Rechtes.

Erhöhung des Wasserzinsmaximums

Der Bundesgesetzgeber kann den Höchstansatz periodisch den veränderten Verhältnissen anzupassen.

Anpassungen müssen sachlich und ausgewogen begründet werden können und alle relevanten Interessen berücksichtigen. Das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum ist eine politisch ausgewogene Kompromisslösung.

Eine Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums muss auf kantonaler Ebene zuerst noch in Kraft gesetzt werden (Legalitätsprinzip).

Die Erhöhung des Wasserzinses bei einer Konzession an einem „internationalen Gewässer“ kann von der schweizerischen Seite nicht einseitig durchgesetzt werden.

Indexierung des Wasserzinsmaximums

Der Bundesgesetzgeber kann das Wasserzinsmaximum indexieren.

Bisher sind alle Versuche einer Indexierung gescheitert: das Unterfangen wurde als schwierig, ja als zu schwierig, betrachtete – bzw. konnte man sich nicht auf eine Indexformel bzw. einen Indexsatz einigen.

Der Rückgriff auf einen *Erfahrungswert* könnte einen Ausweg bieten: Das Wasserzinsmaximum lag vor 90 Jahren bei grob 8 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung, heute, 2008, liegt es bei 80 Franken, was einer jährlichen Teuerung von rund 2,5 % entspricht.

Abschaffung des Wasserzinsmaximums

Relevant ist primär die Unterscheidung in Lösungsansätze, die sich im Rahmen der heutigen verfassungsrechtlichen Regelung bewegen, und solchen, die nach einer Verfassungsänderung verlangten.

Ohne Änderung der Verfassung zugunsten einer verbalen Umschreibung des Höchstsatzes lediglich auf die *zahlenmässige* Bestimmung des Wasserzinsmaximums verzichten zu wollen, scheint wenig überzeugend. Das würde nach einer Vielzahl von kantonalen Konkretisierungen verlangen und in letzter Instanz müsste das Bundesgericht entscheiden.

Bei Lösungsansätzen *mit Verfassungsänderung* würde der Bund aus der Pflicht zur Gesetzgebung im Bereich der Wassernutzungsabgaben entlassen; zuständig wären alleine die Kantone.

Motiv für eine solche Lösung ist die Hoffnung, auf dem „freien Markt“ mit der Verleihung der Nutzung der Wasserkraft viel mehr verdienen zu können.

Eine Re-Kantonalisierung wäre unumgänglich: es müssten 26 kantonale Wasserzinsregelungen (Legalitätsprinzip) entstehen, die einer (vermehrten) Überprüfung durch das Bundesgericht unterstünden.

Das Deregulierungspostulat kann also auf diesem Wege *nicht* erfüllt werden.

Einführung eines Speicherzuschlages

Der Speicherzuschlag besteht aus zwei Teilen: aus einem Grundbeitrag gemäss der Wassermenge und dem Gefälle und aus einer neuen Komponente, eben dem Speicherzuschlag, der als Qualitätszuschlag zu verstehen ist.

Es ist zulässig, den Wasserzins zu differenzieren (Legalitätsprinzip), sei dies z.B. nach der „Qualität“ der Ressource, den erforderlichen Investitionen zu ihrer Nutzung oder auch nach dem „Wert“ der Wasserkraft oder der produzierten Energie.

Für das verleihende Gemeinwesen drängt sich der Gedanke auf, ob die Ressource nicht in Abhängigkeit von der Rentabilität ihrer Nutzung angeboten werden könnte. Mit einem Speicherzuschlag könnten sie ihre Ressource etwas teurer verkaufen (verleihen), wenn sich mit ihr im Rahmen eines konkreten zu konzessionierenden Speicher-Projektes mehr Geld verdienen liesse als beispielsweise mit einem eher unflexiblen Laufkraftwerk.

Der Speicherzuschlag ist als Teil des Wasserzinses eine Kausalabgabe – und keine Steuer.

Teilzweckbindung des Wasserzinses

Die von der UREK-S im Rahmen der Parlamentarischen Initiative „Schutz und Nutzung der Gewässer“ (07.492) in Betracht gezogenen Varianten zur Finanzierung von Pflichten zur Revitalisierung von Gewässern sowie zur Ergreifung von Massnahmen bei Wasserkraftwerken, welche schädliche Schwall- und Sunkwirkungen, einen gestörten Geschiebetrieb oder eine gestörte Fischgängigkeit verursachen, können verfassungsrechtlich nicht überzeugen. Insbesondere fehlt es an einer bundesrechtlichen Zuständigkeit zur Erhebung der Abgaben bzw. zum Eingriff in die kantonale Zuständigkeit.

2. ZUSAMMENFASSUNG

Das Wasserzinsmaximum – Art. 76 Abs. 4 BV und Art. 49 Abs. 1 WRG

Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV verpflichtet den Bund, den (kantonalen) Abgaben für die Wassernutzung „Schranken“ zu setzen.

Die Zuständigkeit der Kantone (verleihenden Gemeinwesen) zur Bestimmung der Höhe des Wasserzinses ist somit eingeschränkt.

Über das durch Art. 49 Abs. 1 WRG (i.V.m. Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV) bestimmte Wasserzins-Maximum dürfen sie nicht hinausgehen.

Der Bund könnte jedoch *andere* als die heute im Wasserrechtsgesetz formulierten Schranken aufstellen.

Wollte man wieder die Kantone allein die Höhe des Wasserzinsmaximums bestimmen lassen, wäre eine Änderung der Verfassung notwendig.

Bereits heute könnten die Kantone jedoch differenzierte Wasserzinssätze verwenden. Sie könnten den Wasserzins z.B. von der „Qualität“ der genutzten Wasserkraft abhängig machen, einen Speicherzuschlag erheben oder zwischen Sommer- und Winterbetrieb differenzieren – solange sie nicht über das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum hinausgehen.

Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums

Ziel und Zweck der Beschränkung der kantonalen Zuständigkeit zur Bestimmung der Höhe des Wasserzinses durch die Bundesverfassung und ein bundesrechtliches Wasserzinsmaximum im Wasserrechtsgesetz war es, die Nutzung der Wasserkraft zu fördern; sie sollte nicht übermäßig belastet werden. Dazu musste ein möglichst alle Beteiligten befriedigender Kompromiss und Ausgleich zwischen den finanziellen Interessen der wasserrechtsverleihenden Kantone und Gemeinwesen auf der einen Seite und dem Interesse der Allgemeinheit auf der anderen gefunden werden; zudem galt es auch mit den Dritten im Bunde, den Konzessionären, eine diese befriedigende und zu Investitionen animierende Lösung zu finden.

Die „richtige“ Höhe des Wasserzins-Maximums lässt sich angesichts der unterschiedlichen – im Laufe der Jahre zunehmenden – (Verfassungs-)Interessen, die berücksichtigt werden müssen, nicht aus irgendwelchen Größen ableiten oder unter Verwendung einer „objektiven“ oder „wissenschaftlichen“ Methode berechnen. Das Wasserzinsmaximum ist nach wie vor primär eine politische Größe – Resultat politischer Ausmarchung.

Allerdings ist die Bestimmung des Wasserzinsmaximums deswegen nicht ins Be- lieben des Gesetzgebers gestellt. Die relevanten Interessen verlangen nach Be- rücksichtigung – insbesondere auch die Interessen der Konzessionäre: der Was- serzins muss „zumutbar“ bzw. „wirtschaftlich tragbar“ sein und bleiben. Andernfalls lässt sich niemand mehr finden, der bereit ist, in die Nutzung dieser einhei- mischen Ressource zu investieren. Ein Preis für die Nutzung der Wasserkraft, der für die Konzessionäre nicht mehr zumutbar wäre, würde somit den verfassungs- mässigen Vorgaben zuwiderlaufen – insbesondere beispielsweise der „Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung“ gemäss Art. 76 Abs. 2 BV.

Der vom Bundesgesetzgeber „politisch“ ausgehandelte Höchstsatz gilt gemäss Bundesgericht als grundsätzlich zumutbar bzw. wirtschaftlich tragbar. Eine Ein- schätzung, die auf kantonale Wasserzinsen, die nach einer eventuellen Abschaf- fung eines bundesrechtlichen Maximums (mittels Verfassungsänderung) nicht länger zuträfe – was zu einer Zunahme gerichtlicher Auseinandersetzungen füh- ren dürfte.

Die Gewässerhoheit

Obwohl der Bundesgesetzgeber den Abgaben für die Wassernutzung „Schran- ken“ setzen darf und muss, stehen die Abgaben nicht ihm, sondern nach wie vor den Kantonen bzw. den verleihenden Gemeinwesen zu. Die sogenannte Gewäs- serhoheit haben die Kantone inne. Sie verleiht ihnen die Befugnis, über die *Nut- zung der Wasserkraft* zu bestimmen.

Die Nutzung der Wasserkraft zur Energieerzeugung hat ausschliesslichen Cha- rakter. Nur eine Konzessionärin kann an einem konkreten Ort die Rohwasserkraft nutzen. Es handelt sich dabei um eine sogenannte *Sondernutzung*, die durch das Bundesrecht konzessionspflichtig erklärt wird. Eine Konsequenz dieser Qualifika- tion ist, dass das Gemeinwesen hiefür Abgaben verlangen kann.

Kausalabgabe, nicht Steuer

Die für die (Sonder-)Nutzung der Wasserkraft erhobene Abgabe, der Wasserzins, ist als *Kausalabgabe* zu verstehen. Es handelt sich also *nicht* um eine Steuer.

Der Wasserzins ist eine öffentliche Abgabe für die mit der Konzession einge- räumte Sondernutzung an einem öffentlichen Gewässer. Er ist das Entgelt an das verleihungsberechtigte Gemeinwesen für die Gewährung besonderer Vorteile durch das Zurverfügungstellen eines öffentlichen Gutes, d.h. um den Preis für die Ressource und nicht um die Abgeltung eines bestimmten Aufwandes des Gemeinwesens. Somit unterliegt der Wasserzins zwar dem *Legalitätsprinzip* (und bedarf einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht), aber *nicht dem Kosten- deckungsprinzip*. Auch der Beachtung des *Äquivalenzprinzips* kommt ledig- lich eine beschränkte Bedeutung zu, da die Abgabe bundesrechtlich begrenzt ist.

Dieses Maximum ist zudem zwingender Natur, so dass ein höherer Wasserzins auch mit Zustimmung des Konzessionärs nicht erhoben werden könnte.

Wohlerworbene Rechte und Erhöhung des Wasserzinses

Art. 43 Abs. 1 WRG verschafft dem Konzessionär „nach Massgabe des Verlei-
hungsaktes“ ein sogenanntes „wohlerworbenes Recht“. In diesem Zusammen-
hang stellt sich die Frage, ob bei einer bestehenden Nutzung (Konzession) eine
Erhöhung des Wasserzinses überhaupt möglich ist – oder ob der Konzessionär
unter Berufung auf (s)ein wohlerworbenes Recht einwenden kann, vor Ablauf der
Konzession dürfe von ihm kein höherer Zins verlangt werden.

Ob während der Laufzeit einer Konzession eine Erhöhung des Wasserzinses mög-
lich ist, das ist primär von ihrem Inhalt und/oder der kantonalen Gesetzgebung
zur Zeit der Verleihung abhängig. Wurde am einen oder anderen bzw. an beiden
Orten – im Sinne eines Vorbehaltes – *klarerweise* geregelt, Erhöhungen des
Wasserzinses seien möglich und vom Konzessionär zu tragen, dann stellt eine
Erhöhung des Wasserzinses keine Verletzung eines wohlerworbenen Rechtes dar
bzw. umfasst das wohlerworbene Recht die Höhe des Wasserzinses nicht.

Fehlt es an solch *klarer* Bezugnahme auf die Veränderbarkeit des Wasserzinses,
dann sind Erhöhungen während der Laufzeit einer Verleihung gegen den Willen
des Konzessionärs nicht möglich.

Erhöhung des Wasserzinsmaximums

Der Bundesgesetzgeber kann und muss den Abgaben zur Wasserkraftnutzung
„Schranken“ setzen. Und wer zuständig ist, „Schranken“ zu setzen, der ist auch
zuständig, diese zu verändern bzw. den Höchstansatz periodisch den verände-
ten Verhältnissen anzupassen. Seit dem Erlass des Wasserrechtsgesetzes hat der
Gesetzgeber das Wasserzinsmaximum mehrmals erhöht.

Das geltende Recht enthält allerdings keine expliziten Kriterien für solche Ände-
rungen. Anpassungen müssen sachlich und ausgewogen begründet werden kön-
nen und alle relevanten Interessen berücksichtigen. Ein einseitiges Abstellen auf
ein einziges Element, beispielsweise um möglichst tiefe Strompreise zu erzielen
oder um die Einnahmen der Kantone zu maximieren, würde diese Anforderung
missachten.

Neben dem Ausgleich des Kaufkraftverlustes können weitere Gesichtspunkte
(Umweltschutz, Landschaftsschutz, Energiepolitik) zu einer sachlich vertretbaren
Wasserzinserhöhung führen. Bundesgesetze unterliegen keiner richterlichen Ver-
fassungskontrolle (Art. 191 BV). Der Gesetzgeber könnte daher „theoretisch“ ein
unzumutbar hohes Wasserzinsmaximum festlegen. Die Gefahr ist jedoch ver-
schwindend klein, gilt für den Gesetzgeber doch der Grundsatz der Selbstbin-
dung an die Verfassung und zudem ist das Wasserzinsmaximum Resultat einer

politischen Ausmarchung unter teils divergierendsten Interessen: es handelt sich beim Wasserzinsmaximum um eine politisch ausgewogene Kompromisslösung.

Eine Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums kommt nicht automatisch einer Erhöhung eines kantonalen Wasserzinsmaximums gleich. In welcher Art und Weise jene auf kantonaler Ebene Wirkung hat, ist abhängig von der kantonalen Rechtsordnung bzw. dem Wortlaut der Konzession. Festzuhalten ist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz bedürfen, wobei zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen vom Gesetz selber bestimmt werden müssen. Eine Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums muss daher auf kantonaler Ebene zuerst noch in Kraft gesetzt werden.

Die Erhöhung des Wasserzinses bei einer Konzession an einem „internationalen Gewässer“, einem Grenzgewässer, verlangt nach gemeinsamer Abstimmung, ist doch keiner der beteiligten Staaten befugt, einseitige Massnahmen zu treffen, welche die Situation des Konzessionärs verändern, ohne dass der andere Staat damit einverstanden ist. Die schweizerische Seite kann daher nicht einseitig eine Erhöhung des Wasserzinses durchsetzen.

Indexierung des Wasserzinsmaximums

Da der Bundesgesetzgeber das Wasserzinsmaximum um einen bestimmten Betrag erhöhen darf, dürfte er eine Erhöhung grundsätzlich auch mittels einer Indexierung durchführen.

Die Indexierung des Wasserzinsmaximums ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten mit einiger Regelmässigkeit vorgeschlagen und diskutiert worden. Anerkannt war weithin, dass eine Indexierung den grossen Vorteil hätte, nicht ständig aufs Neue den langwierigen Prozess von (Teil-)Revisionen des Wasserrechtsge setzes in Gang setzen zu müssen.

Gescheitert sind bisher alle Versuche einer Indexierung daran, dass man die Bestimmung einer Indexformel bzw. eines Indexsatzes als schwierig, ja als zu schwierig, betrachtete, gelte es doch, ein Vielzahl von Faktoren zu berücksichtigen (Löhne, Baukosten, Kapitalzinsen, Verkaufspreise der Energie usw.) bzw. dass man sich (politisch) nicht auf eine Formel bzw. einen Indexsatz einigen konnte.

Scheint es keine (wissenschaftlich) überzeugende Methode zu geben, das Wasserzinsmaximum „adäquat“ oder „richtig“ zu indexieren, so könnte der Rückgriff auf einen *Erfahrungswert* einen Ausweg bieten: Das Wasserrechtsgesetz trat am 1. Januar 1918, also vor 90 Jahren, in Kraft. Das damalige Maximum belief sich auf 6 Franken pro Pferdestärke Bruttoleistung/Bruttopferdekraft, was 8,16 bzw. grob 8 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung entspricht (1 PS = 0,7355 kW). Heute, 2008, liegt das Maximum bei 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung, was einer jährlichen Teuerung über diese 90 Jahre von rund 2,5 % entspricht. Würde

der Gesetzgeber einen Speicherzuschlag (gemäss den Vorschlägen aus dem Jahre 1996) beschliessen, käme man auf 3 %.

Eine Verständigung auf einen Erfahrungswert wäre insofern ein empfehlenswertes *pragmatisches* Vorgehen, als dass sich der Gesetzgeber damit nicht auf Dauer selbst beschränken würde. Er könnte durch eine Änderung des Wasserrechts gesetzes jederzeit den Indexwert ändern oder gar auf seinen Entscheid zurück kommen, sofern er dies wünscht bzw. wenn sich zeigen sollte, dass eine solche „simple“ Lösung nun doch zu einfach wäre.

Die Verständigung auf einen Erfahrungswert, der sich an der durchschnittlichen jährlichen Erhöhung des Wasserzinsmaximums über die letzten 90 Jahre orientiert, hätte in erster Linie den grossen Vorteil, dass man nicht versuchen müsste, über eine Vielzahl von „wirtschaftswissenschaftlichen“ Studien zu „belegen“ oder gar zu „beweisen“, dass ein konkreter Index unter Berücksichtigung aller „relevanter“ Kriterien nun „eigentlich“ der „richtige“ sei, lässt sich das Ausmass der Erhöhung des Wasserzinses doch nicht aus irgendwelchen Grössen ableiten.

Es geht um eine *politische* Entscheidung, mithin auch um einen „politischen“ Preis für eine Ressource. Eine am genannten Erfahrungswert über die letzten 90 Jahre orientierte Indexierung kann zugleich als eine „politische“ Lösung verstanden werden. Weil bzw. wenn der Gesetzgeber grundsätzlich der Auffassung ist, das Wasserzinsmaximum sollte im Verlaufe der Zeit steigen, und wenn er dafür keine von allen politischen Interessengruppen akzeptable Formel findet, dann kann er sich – eben im Sinne einer auch politisch pragmatischen Lösung – an diesem Erfahrungswert orientieren.

Möchten National- und Ständerat die Bestimmung eines indexierten Wasserzinsmaximums an den Bundesrat delegieren, ist dafür Sorge zu tragen, dass der Delegationsrahmen hinreichend bestimmt ist. Die bisherigen Vorschläge zur Delegation dieser Befugnis an den Bundesrat vermögen nicht zu überzeugen.

Abschaffung des Wasserzinsmaximums

Unter der „Abschaffung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums“ kann man sich manches vorstellen. Relevant ist primär die Unterscheidung in Lösungsansätze, die sich im Rahmen der heutigen verfassungsrechtlichen Regelung bewegen, und solchen, die nach einer Verfassungsänderung, konkret der Abschaffung der Verpflichtung des Bundes, den Abgaben für die Nutzung der Wasserkraft „Schranken“ zu setzen, verlangten.

Vorschläge, ohne Änderung der Verfassung zugunsten einer verbalen Umschreibung des Höchstsatzes lediglich auf die *zahlenmässige* Bestimmung des Wasserzinsmaximums im Wasserrechtsgesetz zu verzichten, scheinen wenig überzeugend. Sie würden nach einer Vielzahl von kantonalen Konkretisierungen verlangen und in letzter Instanz müsste das Bundesgericht entscheiden, ob eine kantonale Konkretisierung den bundesrechtlichen Vorgaben gerecht wird oder nicht.

Bei Lösungsansätzen *mit Verfassungsänderung* würde der Bund aus der Pflicht zur Gesetzgebung im Bereich der Wassernutzungsabgaben entlassen und diese Kompetenz würde wie früher den Kantonen überlassen bleiben.

Motiv für eine solche Lösung ist primär die Überzeugung, die bundesrechtlichen Schranken verhinderten, dass die Kantone bzw. die verleihenden Gemeinwesen ihre Ressource „Wasserkraft“ zu einem wesentlich höheren Preis auf dem „freien Markt“ verkaufen könnten. Würden Angebot und Nachfrage allein den Preis bestimmen, liesse sich, so die Überlegungen der Promotoren, mit der Verleihung der Nutzung der Wasserkraft viel mehr verdienen.

Ob dem so wäre, ist keine juristische Frage und mag dahin gestellt bleiben. Notwendig wäre neben einer Verfassungsänderung unter anderem eine Änderung der Wasserrechtsgesetzgebung. Zudem müsste dafür gesorgt sein, dass die nicht das Wasserzinsmaximum betreffenden anderen Interessen an der Ressource Wasser nach wie vor berücksichtigt würden.

Vor allem aber wäre eine Re-Kantonalisierung der Wasserzinsfrage unumgänglich. Aus der Abschaffung von Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV und der Streichung von unter anderem Art. 49 Abs. 1 Satz 1 WRG würde zwingend folgen, dass 26 kantonale Wasserzinsregelungen entstehen müssten, die im Falle von Streitigkeiten einer Überprüfung durch das Bundesgericht unterstünden.

Bei den kantonalen Wasserzinsen würde es sich nach wie vor um öffentliche Abgaben handeln, für die das Legalitätsprinzip eine hinreichende Grundlage in einem kantonalen Gesetz (im formellen Sinne) verlangt. Denn die Kantone sind keine Wasser(kraft)händler, sie können nicht einfach beliebig hohe Preise für ihre Ressource verlangen. Daher hat der kantonale Gesetzgeber die Abgaben zu regeln und zum mindesten einen Höchstsatz festzulegen.

Das Deregulierungspostulat kann also auf diesem Wege *nicht* erfüllt werden.

Eine „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ hätte mit grösster Wahrscheinlichkeit ein Mehr an Gerichtsverfahren zur Folge. Das Bundesgericht würde anstelle der Bundesversammlung über angemessene Höchstsätze befinden, da es künftig an einem bundesrechtlichen Höchstsatz fehlte, der heute gemäss Bundesgericht als ausgewogen und für die Werke tragbar bezeichnet werden kann. Mit der Zeit könnten sich daraus ein „kantonsübergreifender“, zwar nicht bundesrechtlicher, aber doch „gesamtschweizerischer“ Höchstsatz oder mehrere (beispielsweise anlagenspezifische) Höchstsätze entwickeln. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, warum man eigentlich auf einen bundesrechtlichen Höchstsatz verzichtet hat.

Einführung eines Speicherzuschlages

Die Forderung nach Erhebung eines *Speicherzuschlages* kann als Forderung nach der Wiedereinführung einer Qualitätsstufenregelung verstanden werden. Einer Qualitätsstufenregelung allerdings, die – so wie sie in den Räten 1996 vorgestellt

wurde – nicht von einem Maximum ausgehend *Reduktionen* des Wasserzinses für Speicherwerke anstrebt, sondern die umgekehrt eine *Erhöhung* des „normalen“ Wasserzinses gerade für Speicherwerke anvisiert, wobei dieser Erhöhung ihrerseits wiederum Schranken gesetzt wären.

Der Speicherzuschlag wird in der Regel als Komponente des Wasserzinses verstanden. Der Wasserzins besteht demnach aus zwei Teilen: aus einem Grundbeitrag gemäss der Wassermenge und dem Gefälle und aus einer neuen Komponente, eben dem Speicherzuschlag, der als Qualitätszuschlag zu verstehen ist, mit dem die besondere Qualität bzw. Wertigkeit des gespeicherten Wassers abgegolten werden soll.

Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Bundes, den kantonalen Abgaben für die Wassernutzung „Schranken“ zu setzen, verlangt *nicht* nach einem einzigen Höchstsatz für jegliche Art der Nutzung. Grundsätzlich ist es zulässig, den Wasserzins zu differenzieren, sei dies beispielsweise nach der „Qualität“ der Ressource, den erforderlichen Investitionen zu ihrer Nutzung oder auch nach dem „Wert“ der Wasserkraft oder der produzierten Energie.

Zu beachten ist, dass die Ressource ihren realen Wert erst durch ihre Nutzung bzw. die Investitionen des Konzessionärs in ein Laufkraftwerk oder ein Speicher- kraftwerk erhält.

Wird das Recht zur Nutzung der Wasserkraft unabhängig von ihrer „Qualität“ und auch unabhängig von den notwendigen Investitionen zu ihrer Nutzung zum gleichen Preis (Wasserzins) angeboten (verliehen), ist dies für den einen Konzessionär ein rentableres Geschäft als für die andere.

Die Rentabilität der konkreten Nutzungsweisen schlägt sich für das verleihende Gemeinwesen in höheren oder niedrigeren Steuereinnahmen nieder, sofern diese nicht andernorts anfallen (Stichwort „Partnerwerke“).

Für das verleihende Gemeinwesen drängt sich der Gedanke auf, ob die Ressource nicht in Abhängigkeit von der Rentabilität ihrer Nutzung angeboten werden bzw. an den für „rentablere“ Nutzungen Meistbietenden verliehen werden könnte.

Die Möglichkeit, an den oder die Meistbietende zu verkaufen bzw. zu verleihen, bietet sich den Gemeinwesen im Rahmen der Verleihung ihrer Wasserkraft heute nur in sehr beschränktem Masse – insbesondere im Rahmen der Aushandlung von Nebenleistungen (wie Vorzugsenergie u.Ä.).

Am (Höchst-)Preis der Wasserkraft selbst kann bei staatlichen Fixpreisen allerdings nicht gerüttelt werden. An den Meistbietenden könnte nur dort verliehen werden, wo es an einem bundesrechtlichen Maximum fehlte bzw. dieses so hoch angesetzt wäre, dass es über dem Marktpreis läge – und wo zudem die kantonalen Bestimmungen unter Wahrung des Legalitätsprinzips dies ebenfalls zuließen. Zu erinnern bleibt daran, dass der Staat, dass verleihende Kantone bzw. Gemeinwesen nun mal keine Unternehmen sind.

Ein Speicherzuschlag brächte den verleihenden Gemeinwesen einen gewissen Spielraum „nach oben“: sie könnten ihre Ressource etwas teurer verkaufen (verleihen), wenn sich mit ihr im Rahmen eines konkreten zu konzessionierenden Speicher-Projektes mehr Geld verdienen liesse als beispielsweise mit einem eher unflexiblen Laufkraftwerk.

Auch diese Teil-Liberalisierung findet ihre bundesrechtliche Grenze aber an den jeweiligen Höchstsätzen pro Nutzungsart.

Anlässlich der letzten Revision des Wasserrechtsgesetzes wurde in den Räten von einigen Votanten vorgebracht, beim Speicherzuschlag handle es sich um mehr bzw. anderes als eine blosse Komponente des altbekannten Wasserzinses. Der Speicherzuschlag sei keine Kausalabgabe wie jener, sondern eine Steuer.

Für diese Auffassung wurden jedoch keine überzeugenden Argumente vorgebracht, zudem überwogen schon damals jene Stimmen, die den Speicherzuschlag als eine Komponente des Wasserzinses, verstanden. Der Speicherzuschlag ist als Teil des Wasserzinses eine Kausalabgabe – und keine Steuer.

Auch der Wasserzins inklusive Speicherzuschlag ist eine öffentliche Abgabe, für die zum einen das Legalitätsprinzip gilt und bei deren Berechnung dem Äquivalenzprinzip eine beschränkte Tragweite zukommt. Dies nicht zuletzt, weil auch ein Speicherzuschlag vom Gesetzgeber festgelegt würde und ihm somit der gleiche Ausgleichs- und Kompromisscharakter zukommt wie dem Wasserzins bis anhin.

Teilzweckbindung des Wasserzinses

Die UREK-S zieht im Rahmen der Parlamentarischen Initiative „Schutz und Nutzung der Gewässer“ (07.492) die Einführung der Pflichten zur Revitalisierung von Gewässern sowie zur Ergreifung von Massnahmen bei Wasserkraftwerken, welche schädliche Schwall- und Sunkwirkungen, einen gestörten Geschiebetrieb oder eine gestörte Fischgängigkeit verursachen, in Erwägung. Diese neuen Pflichten sollen von der öffentlichen Hand finanziell unterstützt werden. Für die Art und Weise der Mittelbeschaffung berät die UREK-S über drei verschiedene Varianten, wobei sich die Frage der Verfassungskonformität der verschiedenen Finanzierungsvarianten gestellt hat.

Das Bundesamt für Umwelt hat von der UREK-S den Auftrag, diese Fragen vom Bundesamt für Justiz abklären zu lassen.

Das in Abstimmung der beiden Bundesämter erarbeitet Gutachten kommt, was die Verfassungsmässigkeit der drei Finanzierungsvarianten anbelangt zu folgenden Ergebnissen:

Die Variante 1, die zur Finanzierung der erwähnten Aufgaben eine *Abgabe auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze* vorsieht, „hat keine hinreichende Grundlage in der Bundesverfassung und ist deshalb verfassungswidrig“.

Die Variante 2, die zur Finanzierung neben einer *Abgabe auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze* (lediglich für die Massnahmen bei Wasserkraftwerken im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit) auch auf *ordentliche Bundesmittel* (für die Subventionierung der Revitalisierungen) zurückgreifen will, „hat in der Form des vorliegenden Entwurfs keine hinreichende Grundlage in der Bundesverfassung und ist deshalb verfassungswidrig. Sie kann jedoch bundesverfassungskonform ausgestaltet werden“.

Die Variante 3, die zur Finanzierung eine *Teilzweckbindung einer Erhöhung der Wasserzinse* (für Massnahmen bei Wasserkraftwerken im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit) und *ordentliche Bundesmittel* (für die Subventionierung der Revitalisierungen) vorsieht, „ist insofern verfassungswidrig, als sie den Kantonen eine Zweckbindung des Wasserzinses vorschreibt. Zulässig ist demgegenüber eine generelle Erhöhung des Wasserzins-Maximums von 80 auf 100 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung“.

Ich darf mich den Ausführungen des Bundesamtes für Justiz und des Bundesamtes für Umwelt anschliessen. Der Bund darf nicht beliebig Abgaben erheben. Ihm steht nur das zu, was ihm die Bundesverfassung zu erheben erlaubt. Das heisst insbesondere, dass er für (voraussetzungslose) Steuern einer ausdrücklichen und spezifischen Grundlage in der Bundesverfassung bedarf, und dass er blos gewisse und tendenziell weniger schwergewichtige Abgaben kraft Sachzusammenhangs (mit einer anderen Zuständigkeit) einfordern kann. Zudem darf er nicht ohne verfassungsrechtliche Grundlage in die Zuständigkeit der Kantone (konkret in ihre Gewässerhoheit) eingreifen.

Bei den Varianten 1 und 2 fehlt es an einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Bundeskompetenz, auf die sich die ins Auge gefassten Finanzierungen stützen könnten, daher sind sie (bei Variante 2 zumindest in der vorgeschlagenen Form) verfassungswidrig.

Und hinsichtlich Variante 3 stellt sich die Frage, woher der Bund sich das Recht nehmen würde, den Kantonen Vorschriften hinsichtlich der Verwendung von Teilen des Wasserzinses zu machen. Da es an einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeit fehlt, ist der Bund also nicht kompetent und die Variante 3 mit der Verfassung nicht vereinbar.

Hilfreich ist der Hinweis darauf, dass es dem Bundesgesetzgeber unbenommen sei, das Wasserzinsmaximum zu erhöhen, wodurch die Kantone über zusätzliche Mittel verfügen, die sie dann – in eigener Zuständigkeit – für neue Aufgaben im Bereich des Gewässerschutzes nutzen könnten. Das schiene mir – politisch – auch der klarere Weg als jener über eine Modifikation von Variante 2. Es scheint

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

mir grundsätzlich empfehlenswerter, für Abgaben klare und eindeutige (Kompetenz-)Normen zu erlassen, so dass jedermann sieht, wer wie viel zu bezahlen hat. Zu klaren Normen kann auch klar Stellung genommen werden, ohne dass man gleichsam die eine Kröte schlucken muss, weil man etwas anderes auf keinen Fall verlieren möchte.

Die Zweckbindung von Teilen der Wasserzinsen betrifft die Konzessionäre bzw. die Inhaber eines wohlerworbenen Rechts nicht: Sie bezahlen, unabhängig von der späteren Verwendung der Erträge, „ihren“ Wasserzins gemäß Konzession.

3. AUSGANGSLAGE UND AUFTAG

Die Wasserkraft ist in der Schweiz die einzige reichlich vorhandene (traditionelle) Energieträgerin. Es erstaunt daher wenig, dass die Nutzung dieser zudem noch „sauberer“ Energiequelle nicht erst seit der Verankerung des alten Wasserrechtsartikels in der Bundesverfassung (Art. 24^{bis alt} aBV) Anlass zu regen und wiederkehrenden Diskussionen bot und bietet. Unterschiedliche Akteurinnen und Akteure stehen sich mit zum Teil nicht unerheblich divergierenden Interessen gegenüber: Was den Trägern der Gewässerhoheit (den Kantonen bzw. innerkantonalen Gemeinwesen; Art. 76 Abs. 4 BV) recht ist, ist den an der Wasserkraftnutzung Interessierten nicht zwingend billig. Was unter dem Gesichtspunkt der Förderung erneuerbarer Energien erstrebenswert scheint, kann mit Anliegen des Natur- und Landschaftsschutzes in Konflikt geraten.

Parlamentarische Vorstösse, die das je aktuelle Regime der Ressource „Wasserkraft“ in der einen oder anderen Richtung verändern wollen, waren in den letzten Jahren und Jahrzehnten denn auch zahlreich. Dabei ging und geht es häufig um den *Wasserzins*, den die verleihenden Gemeinwesen für die Nutzung der Wasserkraft verlangen dürfen, fixiert doch Art. 49 Abs. 1 WRG in Verbindung mit Art. 76 Abs. 4 BV ein bundesrechtliches Wasserzins-Maximum von zurzeit CHF 80/kW Bruttolleistung, das nicht überstiegen werden darf.

Alle diese – unten im Wortlaut wiedergegebenen – Vorstösse, insbesondere das Postulat Rey und die Initiative „Lebendiges Wasser“, verlangen nach teils ausführlichen und detaillierten Abklärungen – nicht zuletzt nach rechtlichen.

Das Bundesamt für Energie hat daher beschlossen, zur Beantwortung und Behandlung dieser politischen Vorstösse sowie als Basis für seine strategischen Entscheidungen in Sachen „Wasserzins“ Grundlagen zu dieser Thematik erstellen lassen.

Während die Studie der econcept AG sich den wirtschaftlichen, energie- und umweltpolitischen Grundlagen widmet, habe ich den Auftrag erhalten, rechtliche Grundlagen zu erarbeiten.

Gemäss der soeben skizzierten Ausgangslage eröffnen sich in Sachen „Wasserzins“ fünf zentrale Themen:

1. Erhöhung des Wasserzinsmaximums
2. Indexierung des Wasserzinsmaximums
3. Abschaffung des Wasserzinsmaximums
4. Einführung eines Speicherzuschlags
5. Teilzweckbindung des Wasserzinses

Jedes Thema wird im Folgenden näher bearbeitet, wobei die „Teilzweckbindung des Wasserzinses“ gemäss Auftrag nur eine summarische Behandlung erfahren soll, liegt dazu doch ein neues Gutachten des Bundesamtes für Justiz in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Umwelt vor, zu dem lediglich noch kurz Stellung genommen wird.

Vorangestellt ist der Behandlung der fünf genannten Themen ein einleitendes Kapitel, in dem das umfassendere Thema „Wasserzinsmaximum“ ganz allgemein näher betrachtet wird. Vieles ist für alle oder doch viele der später zu behandelnden Themen von grundsätzlicher Bedeutung.

Die vorliegende Untersuchung ist zwar keine historische, doch lässt sich die Thematik des Wasserzinses bzw. des Wasserzinsmaximums wohl nur verstehen, wenn man sich mit der Entstehung dieser Abgabe näher befasst und verfolgt, was sich im Verlaufe der gut neunzig Jahre seit Erlass des Wasserrechtsgesetzes verändert hat.

Damit man sich als Leserin und Leser ein möglichst getreues Bild machen kann, habe ich versucht, möglichst viel an „Originalton“ zu vermitteln und ich habe mir deshalb erlaubt, auch längere Passagen aus Botschaften oder parlamentarischen Beratungen wiederzugeben. Das mag zwar an der einen oder anderen Stelle gewisse Längen zur Folge haben, doch wird dieser mögliche Nachteil dadurch wettgemacht, dass die Leserschaft liest, was damals „wirklich“ gesagt wurde – und nicht nur, wie ich dies einschätze.

Zudem handelt es sich bei dieser Studie um ein Arbeitspapier zuhanden des Auftraggebers, der gestützt auf das Geschilderte und rechtlich bewertete seine weiteren Schritte planen kann.

Damit die Leserinnen und Leser nicht ständig zum ersten Kapitel vorblättern müssen bzw. damit die den einzelnen Themen gewidmeten Kapitel auch mehr oder weniger für sich alleine gelesen werden können, habe ich es in Kauf genommen, dass sich gewisse Passagen teilweise wiederholen. Zudem wurde dort versucht, Themenspezifisches etwas genauer herauszuarbeiten, als dies im eher einen Überblick vermittelnden einführenden Kapitel möglich war.

3.1 Parlamentarische Vorstösse der letzten zwei Jahre

Damit sich die Leserinnen und Leser nicht zuerst anderweitig über die neuesten parlamentarischen Vorstösse in „Sachen Wasserzins(-Maximum)“ informieren müssen, werden die in den letzten zwei Jahren im National- oder Ständerat eingereichten Vorstösse mit Bezug zum Wasserzins bzw. Wasserzinsmaximum im Folgenden wiedergegeben.

3.11 Postulat Cathomas

08.3204 (Nationalrat) – Postulat Sep Cathomas: „Wasserzins beziehungsweise Ressourcenabgeltung der Wasserkraft“ (vom 20.03.2008).¹ Im Vordergrund stehen zwei Anliegen:

- Erhöhung des Wasserzinsmaximums (auf CHF 100/kW Bruttoleistung)
- Einführung eines Speicherzuschlags

Eingereichter Text

„Der Bundesrat wird beauftragt, folgende Anliegen zu prüfen und dem Parlament entsprechende Vorschläge zu unterbreiten:

1. Ressourcenabgeltung: Der Titel von Artikel 49 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft (WRG) und die übrigen Rechtsbestimmungen sollen begrifflich zeitgemäß angepasst werden, indem der Begriff «Wasserzins» als «Ressourcenabgeltung» verwendet wird.

2. Wasserrechtsgesetz (WRG), Artikel 49 Absatz 1, «Wasserzinse»: Der Wasserzins darf jährlich 100 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung nicht übersteigen. Der Speicherzuschlag zur Entgeltung der hochwertigen Spitzenenergie entspricht dem Faktor 2 der einfachen Ressourcenabgeltung. Der Speicherzuschlag für nicht regelmässig erzeugte Elektrizität aus Wasserkraft kann bis um 50 Prozent reduziert werden, wenn die dafür verwendete Pumpenergie aus erneuerbaren Energien (Wasser, Wind, Sonne, Biomasse usw.) erzeugt wird und als Regelennergie dient.

Begründung

1. Ressourcenabgeltung:

Der Begriff «Wasserzins» stammt aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und wird oft mit «Bundessteuern» verwechselt. Bei der Wasserkraft geht es um eine der wichtigsten Ressourcen, welche die alpinen Gebiete zur Energieerzeugung zur Verfügung stellen. Bei allen übrigen Energiequellen wie Holz, Biomasse, Erdöl, Gas usw. spricht man heute von Ressourcen oder Energieressourcen, die zu entschädigen sind.

2. Wasserrechtsgesetz (WRG), Artikel 49 Absatz 1, «Wasserzinse»:

A. Die letzte Wasserzinsanpassung auf 80 Franken/Kilowattstunde Bruttoleistung erfolgte im Jahre 1996.

Inzwischen sind die Elektrizitätspreise massiv gestiegen. Im Jahre 1999 betrug der durchschnittliche Strommarktpreis 2,8 Rappen pro Kilowattstunde (Rp/kWh). Der Durchschnittswert des Jahres 2006 lag mehr als viermal höher, nämlich bei 11,8 Rp/kWh. Während sich die Strompreise vervierfacht haben, ist das Wasserzinsmaximum nicht nur stabil bei 80 Franken/kWh respektive bei 450 Millionen Franken pro Jahr geblieben, sondern real gesunken. Der «verteilbare Reingewinn» der Stromproduzenten stieg aber

¹ www.parlament.ch/d/cv-geschaefte?gesch_id=20083204.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

während der gleichen Zeitspanne von 634 Millionen Franken im Jahre 1996 auf 2246 Millionen Franken im Jahre 2005.

B. Mit dem Speicherzuschlag soll der Wertigkeit der Speicherenergie Rechnung getragen werden. Der Speicherzuschlag ist je länger, desto mehr gerechtfertigt, weil in den letzten Jahren die Nachfrage nach der speicherbaren Wasserkraft infolge der erhöhten Nachfrage sehr stark gestiegen ist. Der Preis für Spitzenenergie beträgt oft 20 bis 30 Rp/kWh und mehr. Die Steigerung der Speicherkapazität durch die Ergänzung der bestehenden Anlagen mit Pumpspeicherwerken erzeugt ein zusätzliches Potenzial für die Produktion der stark nachgefragten Spitzenenergie. Darum ist es dringend notwendig, die rechtlichen Rahmen- und Abgeltungsbedingungen gesetzlich zu regeln, welche die Pumpspeicherwerke im vermehrten Masse fördern. Mit der Sonderregelung bei der Abgeltung des Speicherzuschlages soll beim Betrieb der Pumpspeicherwerke z. B. die Nutzung der unregelmässig anfallenden überschüssigen Windenergie zur Erzeugung von Regelenergie zu einem bevorzugten Tarif von nur 50 Prozent des Speicherzuschlags belastet werden. Damit kann wertvolle Spitzenenergie erzeugt und zudem das Problem von Sunk und Schwall durch einen geregelten Wasserabfluss gelöst werden.“

Antwort des Bundesrates vom 14.05.2008

„Die Wasserzinse sind das Entgelt für die Sondernutzung der öffentlichen Ressource Wasser an das Gemeinwesen als Eignerin der Wasserrechte. Der vom Bund festgelegte Höchstzinssatz beträgt heute 80 Franken/Kilowattstunden Bruttoleistung. Er ist in der Vergangenheit seit 1916 fünfmal nach oben angepasst worden. Der Zweck des Wasserzinsmaximums wird darin gesehen, einen Ausgleich zwischen der Förderung der einheimischen Wasserkräfte und der preisgünstigen Stromerzeugung einerseits und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen andererseits zu schaffen. Die Kriterien zur Festlegung des Wasserzinsmaximums sind seit der Schaffung des Wasserwirtschaftsartikels im Jahre 1908 ein periodisch wiederkehrendes Thema. Einigkeit besteht nur darin, dass der Kaufkraftschwund periodisch auszugleichen ist. Eine befriedigende Indexierungsformel wurde bisher nicht gefunden. Weil die Festlegung eines angemessenen Höchstwasserzinsses schwierig ist und politische Interessenabwägungen erfordert, haben es die eidgenössischen Räte wiederholt abgelehnt, dem Bundesrat die Anpassung des Wasserzinsmaximums zu übertragen.“

Im Zusammenhang mit der Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte im Jahre 1995 wurde von den Gebirgskantonen bereits die Forderung eines Speicherzuschlags eingebracht, vom Parlament jedoch aus verschiedenen Gründen abgelehnt. Unter anderem wollte man das System der Wasserzinse als Entgelt für die Rohwasserkraft nicht durch ein neues System ergänzen.

Der Bundesrat will die Angemessenheit des heutigen Wasserzinsmaximums und die Zweckmässigkeit eines Speicherzuschlags im Rahmen einer Gesamtkonzeption prüfen. Im Rahmen der Arbeit zur Erfüllung des Postulats Rey (06.3160) werden die grundsätzlichen Fragen zum Wasserzins deshalb einer eingehenden Prüfung unterzogen. Das Thema Speicherzuschlag wird dabei ebenfalls behandelt. Gleichzeitig werden damit die Grundlagen zur Behandlung der Motion Inderkum (07.3911) geschaffen, welche in der Frühjahrssession 2008 an die UREK-S zur Beratung zugewiesen wurde. Der Grundlagenbericht wird im Herbst 2008 vorliegen.

Mithilfe des Grundlagenberichts können das Postulat Rey und das vorliegende Postulat gemeinsam beantwortet werden.“

Der Bundesrat beantragt die Annahme des Postulates.

13.06.2008 NR Bekämpft; Diskussion verschoben.

3.12 Motion Inderkum

07.3911 (Ständerat) – Motion Hansheiri Inderkum: „Angemessene Wasserzinsen“ (vom 21.12.2007).² Sie geht in die gleiche Richtung wie das Postulat Cathomas:

- Erhöhung des Wasserzinsmaximums
- Einführung eines Speicherzuschlags
- Indexierung des Wasserzinsmaximums (jährliche Anpassung an die Teuerung)

Eingereichter Text

„Der Bundesrat wird beauftragt, eine Vorlage vorzulegen, die eine Änderung von Artikel 49 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (SR 721.80) betreffend Wasserzinse beschlägt. Die Änderung hat folgende Punkte zu umfassen:

- angemessene Erhöhung der Obergrenze für den Wasserzins (sogenanntes Wasserzinsmaximum);
- Einführung eines Speicherzuschlages;
- Indexierung der Obergrenze für die Wasserzinse (Wasserzinsmaximum) zwecks jährlicher Anpassung an die Teuerung.

Begründung

Die letzte Anpassung des Wasserzinsmaximums erfolgte mit Wirkung ab 1. Mai 1997. Eine angemessene Erhöhung der Obergrenze erscheint aus den folgenden Gründen gerechtfertigt.

- Im Jahre 1999 lag der durchschnittliche Spotmarktpreis bei 2,8 Rappen pro Kilowattstunde (Rp./kWh). Der Durchschnittswert des Jahres 2006 liegt mehr als viermal höher, nämlich bei 11,8 Rp./kWh. Die Strompreise stiegen aber nicht nur am Spotmarkt, sondern auch in den übrigen Bereichen des Stromhandels. Während sich die Strompreise vervierfacht haben, ist das Wasserzinsmaximum nicht nur stabil geblieben, sondern real gesunken.
- Im liberalisierten Strommarkt kommt der Regulier- und Ausgleichenergie hohe Bedeutung zu. Aus diesem Grunde sind Märkte für Regelenergie entstanden. Der Wert der speicherbaren Wasserkraft ist infolge der erhöhten Nachfrage stark gestiegen. Allein in den letzten drei Jahren stieg der Preis für Speicherenergie um rund 10 bis 15 Euro pro Megawattstunde oder etwa 1,5 bis 2,2 Rp./kWh. Dies ist ein klares Zeichen für die grosse und stets zunehmende Bedeutung von Speicherenergie. Mit dem Speicherzu-

² www.parlament.ch/d/cv-geschaefte?gesch_id=20073911.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

schlag soll der Wertigkeit der Speicherenergie Rechnung getragen werden. Zudem geht es auch um die Entschädigung eines Standortvorteils (Bereitstellung der Stauräume).

- Das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum ist bisher nie indexiert worden. Dies hat zur Folge, dass die konziderierenden Gemeinwesen innert kurzer Zeit erhebliche Einnahmenverluste hinnehmen müssen. Im Vergleich zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung der letzten Wasserzinserhöhung (1. Mai 1997) belaufen sich die teuerungsbedingten Verluste allein für die sieben Gebirgskantone derzeit auf 34 Millionen Franken pro Jahr und für sämtliche Kantone auf jährlich rund 50 Millionen Franken. Um diesen permanenten Einnahmenverlust inskünftig wettzumachen und die Kaufkraft zu sichern, soll eine jährliche Anpassung des Wasserzinsmaximums an den Landesindex der Konsumentenpreise gesetzlich verankert werden.
- Die seit Inkrafttreten der letzten Wasserzinserhöhung (1. Mai 1997) eingetretene Teuerung beträgt 9,3 Prozent (bis Juni 2007). Sie alleine rechtfertigt schon eine Anpassung auf Fr. 87.50 pro Kilowatt Bruttoleistung (kWB) oder gerundet 90 Franken kWB. Der Wert des Stroms aus der Nutzung von Wasserkraft wird aufgrund der unbestrittenen technischen und qualitativen Vorteile, der klimapolitischen Herausforderungen sowie der erforderlichen Produktionen zur Abwendung der drohenden Stromversorgungslücke auch inskünftig noch deutlich zunehmen. Eine angemessene Erhöhung des Wasserzinsmaximums dürfte deshalb bei 100 Franken pro kWB per annum liegen.“

Antwort des Bundesrates vom 27.02.2008

„Die Wasserzinse sind das Entgelt für die Sondernutzung der öffentlichen Ressource Wasser an das Gemeinwesen als Eigenerin der Wasserrechte. Der vom Bund festgelegte Höchstzinssatz beträgt heute 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung. Er ist in der Vergangenheit seit 1916 fünfmal nach oben angepasst worden. Der Zweck des Wasserzinsmaximums wird darin gesehen, einen Ausgleich zwischen der Förderung der einheimischen Wasserkräfte und der preisgünstigen Stromerzeugung einerseits und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen andererseits zu schaffen. Die Kriterien zur Festlegung des Wasserzinsmaximums sind seit der Schaffung des Wasserwirtschaftsartikels im Jahre 1908 ein periodisch wiederkehrendes Thema. Einigkeit besteht nur darin, dass der Kaufkraftschwund periodisch auszugleichen ist. Eine befriedigende Indexierungsformel wurde bisher nicht gefunden. Weil die Festlegung eines angemessenen Höchstwasserzinsschwierig ist und politische Interessenabwägungen erfordert, haben es die eidgenössischen Räte wiederholt abgelehnt, dem Bundesrat die Anpassung des Wasserzinsmaximums zu übertragen.“

Im Zusammenhang mit der Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte im Jahre 1995 wurde von den Gebirgskantonen bereits die Forderung eines Speicherzuschlages eingebracht, vom Parlament jedoch aus verschiedenen Gründen abgelehnt. Unter anderem wollte man das System der Wasserzinse als Entgelt für die Rohwasserkraft nicht durch ein neues System ergänzen.

Der Bundesrat will die Angemessenheit des heutigen Wasserzinsmaximums und die Zweckmässigkeit eines Speicherzuschlages im Rahmen einer Gesamtkonzeption prüfen. Im Rahmen der Arbeiten zur Erfüllung des Postulates Rey 06.3160 werden die grundsätzlichen Fragen zum Wasserzins deshalb einer eingehenden Prüfung unterzogen. Das Thema Speicherzuschlag wird dabei ebenfalls behandelt. Da jedoch die Resultate aus diesen Arbeiten noch nicht vorliegen, lehnt der Bundesrat die Motion aus formellen Gründen ab. Bei einer allfälligen Annahme der Motion im Erstrat wird der Bundesrat im Zweitrat beantragen, den Vorstoss in einen Prüfungsauftrag abzuändern.“

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion.

19.03.2008 SR Zuweisung der Motion an die UREK-SR zur Beratung.

3.12.1 Parlamentarische Initiative der UREK-S: „Angemessene Wasserzinsen“

Die Kommission liess in einer Medienmitteilung verlauten:

„08.445 s Pa.Iv. UREK-S. Angemessene Wasserzinsen

Die Kommission hat im Rahmen ihrer Vorprüfung der von Ständerat Inderkum eingereichten Motion 07.3911 «Angemessene Wasserzinsen» einstimmig beschlossen, eine gleichnamige Kommissionsinitiative einzureichen. Diese verlangt, unter Berücksichtigung des energie- und umweltpolitischen Umfeldes das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte so zu ändern, dass die Obergrenze für die Wasserzinsen (das sogenannte Wasserzinsmaximum) angemessen erhöht wird. Laut Initiativtext soll insbesondere der Teuerung sowie dem Wert der Speicherenergie Rechnung getragen werden. Die Erhöhung soll innerhalb eines bestimmten Zeitraums gestaffelt erfolgen, nach dessen Ablauf das Wasserzinsmaximum erneut zu überprüfen ist. In den Augen der Kommission ist es an der Zeit, das Zinsmaximum zu überprüfen, da die letzte Anpassung vor über zehn Jahren, d.h. im Mai 1997 vorgenommen wurde. Dieser Beschluss der Kommission wird demnächst der Schwesterkommission des Nationalrates zur Zustimmung unterbreitet. Demzufolge ist die Behandlung der Motion 07.3911 eingestellt worden.“³

Die parlamentarische Initiative hat folgenden Wortlaut:

08.445 (Ständerat) – Parlamentarische Initiative Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie SR: „Angemessene Wasserzinsen“ (vom 23.06.2008).⁴

Eingereichter Text

„Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und auf Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reicht die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates folgende parlamentarische Initiative ein:

Es ist in Berücksichtigung des energie- und umweltpolitischen Umfeldes eine Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu erlassen mit dem Ziel, die Obergrenze für die Wasserzinsen (das sogenannte Wasserzinsmaximum) angemessen zu erhöhen. Dabei ist insbesondere der Teuerung sowie dem Wert der Speicherenergie Rechnung zu tragen. Die Erhöhung soll innerhalb eines bestimmten Zeitraums gestaffelt erfolgen und das Wasserzinsmaximum nach Ablauf dieses Zeitraums erneut überprüft werden.“

³ Medienmitteilung; www.parlament.ch/D/Medienmitteilungen/Seiten/mm-urek-s-2008-06-24.aspx.

⁴ www.parlament.ch/D/cv-geschaefte?gesch_id=20080445.

3.13 Postulat Fässler-Osterwalder

07.3433 (Nationalrat) – Postulat Hildegard Fässler-Osterwalder: „Faire Regelungen bei der Wasserkraftsanierung“ (vom 21.06.2007).⁵ Ziele des Postulates:

- Teilzweckbindung des Wasserzinses
- Indexierung des Wasserzinsmaximums
- Einführung eines Speicherzuschlags

Eingereichter Text

„Der Bundesrat wird aufgrund der deutlich steigenden Erträge der Elektrizitätswirtschaft beauftragt, nachstehende Massnahmen zu prüfen und die Ergebnisse in einem Bericht festzuhalten:

1. Verursachergerechte Beteiligung der grossen Wasserkraftwerkinhaber an der Sanierung der Wasserkraft in der Schweiz und Entlastung allfälliger Gemeinwesen (grundlegende Revision von Art. 80-83 GSchG).
2. Finanzierung einer verfassungskonformen Wasserkraftsanierung über einen Zuschlag von 1 bis 2 Rappen/kWh auf dem Übertragungsnetz, wobei als Variante auch die Beteiligung der ausländischen Elektrizitätskonzerne zu berücksichtigen ist.
3. Angemessene Beteiligung der Wasserherkunftsgebiete an den Gewinnen beim Verkauf von Spitzenergie durch die grossen Wasserkraftwerkinhaber, wobei ein Teil dieser Mittel für die Wasserkraftsanierung eingesetzt werden soll.
4. Anpassung der 1999/2000 vom Bundesrat gekürzten Ausgleichsleistungen gemäss WRG für die ausgleichsberechtigten Gemeinwesen aufgrund des heutigen Strompreises und mit einer Strompreisindexierung für die Zukunft.

Begründung

Die Durchschnittspreise für Spitzenergie sind an der Schweizer und an europäischen Strombörsen von 2,8 Rappen/kWh im Jahr 1999 bis auf 12,4 Rappen/kWh im Jahr 2006 gestiegen. Bei 35 TWh Wasserkrafterzeugung erzielten die Elektrizitätswerke 2006 rund 3,3 Milliarden Franken Mehreinnahmen gegenüber 1999 – und dies bei praktisch gleichgebliebenem Wasserzins von 1,1 Rappen/kWh. Dadurch verharrt die Zahlung an die wasserrechtsberechtigten Kantone und Gemeinden auf einer Höhe von rund 470 Millionen Franken pro Jahr.“

Antwort des Bundesrates vom 21.09.2007

„Der Umgang mit Gewässern wird durch vielfältige, sich zum Teil konkurrenzierende Ansprüche wie Schutz vor Hochwasser und Landnutzung (landwirtschaftliche Produktion und Siedlung), die Beeinträchtigung der Gewässerqualität (Abwässer und Landwirtschaft) und sauberes Trinkwasser sowie die Wasserkraftnutzung geprägt. Die Gewässer stehen

⁵ www.parlament.ch/d/cv-geschaefte?gesch_id=20073433.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

im Spannungsfeld all dieser Ansprüche. Sanierungsmassnahmen am Gewässer sind deshalb grundsätzlich nach dem Verursacherprinzip zu finanzieren. Die Probleme, die sich durch die Nutzung der Wasserkraft ergeben (Restwasser, Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit), können den Kraftwerken als Hauptverursacher zugewiesen werden. Heute werden diese Probleme bei einer Konzessionserneuerung mit unterschiedlichen Massnahmen gelöst. Die Kraftwerke tragen die Kosten. Wo notwendige Sanierungen wohlerworbene Rechte der Kraftwerkbetreiber beeinträchtigen, sind die Kantone entschädigungspflichtig.

1. Das Gewässerschutzgesetz (Art. 80-83 GSchG) verlangt auch bei bestehenden Anlagen die Beseitigung der ökologischen Defizite und eine Sanierung der Restwasserstrecke, soweit es für den Inhaber der Nutzungsrechte wirtschaftlich tragbar ist. Der Vollzug des Gewässerschutzgesetzes ist Aufgabe der Kantone. Die Massnahmen müssen bis Ende 2012 umgesetzt sein. Die Voraussetzungen für eine verursachergerechte Beteiligung der Wasserkraftwerke an der Sanierung der Gewässer bestehen damit.
2. Das Parlament hat mit den Beschlüssen zum Stromversorgungsgesetz (StromVG) und zum revidierten Energiegesetz (EnG) in diesem Jahr die obere Grenze für einen Zuschlag auf dem Übertragungsnetz festgelegt. Diese beträgt 0,6 Rappen/kWh. Dieser Zuschlag ist zur Finanzierung der Mehrkosten bei den erneuerbaren Energien vorgesehen. Eine weitere Erhöhung um 1 bis 2 Rappen/kWh, wie dies das Postulat vorsieht, müsste vom Parlament neu beschlossen werden. Eine derartige Erhöhung würde den inländischen Strompreis um 6 bis 12 Prozent erhöhen und die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Stromwirtschaft schmälern. Aus heutiger Sicht wäre ein Zuschlag von 0,2 Rappen/kWh für die Sanierung der Wasserkraftanlagen (Restwasser, Schwall/Sunk, Fischgängigkeit, Geschiebe) voraussichtlich genügend.
3. Kraftwerke, welche in der Lage sind, Spitzenergie zu produzieren, können ihre Entscheidungen nicht nach rein wirtschaftlichen Interessen treffen, da sie einen Versorgungsauftrag für die Schweiz wahrnehmen müssen. Die hohen Strompreise können nur auf dem exportierten Anteil der Produktion eingelöst werden. Es steht den Kantonen offen, über die Gewinnsteuer an den Erlösen aus dem Verkauf von Spitzenergie teilzuhaben. Der Kanton Graubünden kennt beispielsweise eine spezielle Partnerwerkbesteuerung, welche eine Partizipation des Gemeinwesens an höheren Gewinnen zulässt. Die Gewinnbesteuerung und eine allfällige Zweckbindung der Gewinnsteuern liegen in der kantonalen Kompetenz.
4. Die Abgeltung von Einbussen bei der Wasserkraftnutzung wird in der entsprechenden Verordnung (VAEW) geregelt. Gemäss Artikel 9 VAEW wird die Höhe der Ausgleichsbeiträge nach den Verhältnissen bei Gesuchseinreichung endgültig festgesetzt. Angepasst wird ein Vertrag über die Abgeltung von Ertragseinbussen als Folge der unterbliebenen Wasserkraftnutzung nur bei Änderungen des bundesrechtlichen Höchstansatzes für den Wasserzins. Für die laufenden Verträge hätte somit eine Anpassung der Ausgleichsleistungen keinerlei Veränderungen zur Folge. Neue Gesuche sind im Moment nicht in Sicht.

Da die rechtlichen Voraussetzungen zu den vorgeschlagenen Massnahmen dieses Postulats bereits vorhanden sind oder die geforderten Massnahmen nicht umsetzbar sind bzw. keine Auswirkungen zeigen, lehnt der Bundesrat das Postulat ab."

21.09.2007 NR Der Bundesrat beantragt die Ablehnung des Postulates.

3.14 Interpellation Brändli

07.3364 (Ständerat) – Interpellation Christoffel Brändli: „Optimierung der Wasserkraftnutzung“ (vom 20.06.2007).⁶ Auch hier geht es um die

- Indexierung des Wasserzinsmaximums

Eingereichter Text

„Die Wasserkraftnutzung ist eine der wichtigsten Ressourcen für die Berggebiete unseres Landes. Einerseits werden dadurch Arbeitsplätze geschaffen, andererseits generiert die Wasserkraftnutzung wichtige Einnahmen (Steuern, Wasserzinsen usw.). Die Rahmenbedingungen für eine optimale Nutzung der Wasserkraft sind deshalb für die Entwicklung des Berggebietes von zentraler Bedeutung. Diese sind in Zukunft so zu gestalten, dass sowohl Elektrizitätsgesellschaften wie auch die Kantone und Gemeinden einen Zusatznutzen erzielen können.“

Leider behindern der Bund bzw. die Politik heute eine optimale Nutzung der Wasserkraft. So legt der Bund für die Wasserzinsen einen Maximalsatz fest, verhindert durch undifferenzierte Gewässervorschriften deren optimale Nutzung und verteuert durch komplizierte Bewilligungsverfahren die Erneuerung und den Ausbau. Anstehende Volksinitiativen wollen in diesem Bereich noch weiter gehen. Einmal mehr zeigt sich, dass die Politik von der Notwendigkeit guter Rahmenbedingungen spricht, in Tat und Wahrheit aber diese stets verschlechtert.

Auch energiepolitisch ist diese Haltung unverständlich. Die Wasserkraft ist die wichtigste erneuerbare, einheimische Energiequelle.

Ich bitte den Bundesrat im Hinblick auf die vorgesehenen Aktionspläne zur Förderung der erneuerbaren Energien, zu folgenden Fragen Stellung zu beziehen:

1. Teilt er die Auffassung, dass eine optimale Nutzung der Wasserkraft für die Berggebiete von grosser Bedeutung, ja lebensnotwendig ist? Ist er bereit, die Rahmenbedingungen so zu verbessern, dass die Wasserkraft in Zukunft besser genutzt werden kann?
2. Mit welchen Ausfällen für die Berggebiete rechnet er durch die definitive Umsetzung der heutigen Vorschriften über die Restwassermengen? Ist er bereit, dem Parlament differenziertere Regelungen, die sowohl die Anliegen des Umweltschutzes wie auch die Interessen der Betroffenen berücksichtigen, vorzuschlagen?
3. Wie hoch schätzt er die Ausfälle für die Berggebiete sowie die Elektrizitätsgesellschaften bei einer allfälligen Annahme der sogenannten Fischerei-Initiative?
4. Teilt er die Auffassung, dass bei entsprechend verbesserten Rahmenbedingungen Anpassungen der Wasserzinsen an die Geldentwertung möglich sind, ohne wesentliche Einnissen für die Elektrizitätsgesellschaften? Welche Strategie verfolgt er diesbezüglich, nachdem die letzte Anpassung rund zehn Jahre zurückliegt?“

Antwort des Bundesrates vom 05.09.2007

⁶ www.parlament.ch/d/cv-geschaefte?gesch_id=20073364.

„1. Der Bundesrat ist sich der Bedeutung der Wasserkraftnutzung für das Berggebiet bewusst. Die Einnahmen der öffentlichen Hand aus der Wasserkraft sind beträchtlich. Ihr Anteil an den gesamten Steuererträgen kann in den Gebirgskantonen im zweistelligen Bereich liegen (Kanton Uri über 20 Prozent). Hinzuzuzählen sind die Steuern der Mitarbeitenden und der Wert der abgegebenen Vorzugs- bzw. Gratisenergie, welche in peripheren Räumen volkswirtschaftlich von grosser Bedeutung sein können.

Am 21. Februar 2007 hat der Bundesrat seine Energiestrategie präsentiert. Sie beruht im Wesentlichen auf den vier Pfeilern erneuerbare Energien, Energieeffizienz, Energieaussenspolitik und Neubau von Grossanlagen zur Stromerzeugung. Zudem hat der Bundesrat das UVEK beauftragt, bis Ende 2007 Aktionspläne zu Energieeffizienz und erneuerbaren Energien auszuarbeiten. Die Strategie ist damit ein klares Bekenntnis zur Wasserkraftnutzung, welche in Zukunft weiterhin eine tragende Rolle in der schweizerischen Stromversorgung spielen soll.

2. Die heutige Regelung sieht angemessene Restwassermengen aufgrund einer Interessenabwägung (Art. 33 GSchG) vor, mit einer vorgeschriebenen Mindestrestwassermenge (Art. 31 GSchG) und möglichen Ausnahmen in gewissen Fällen (Art. 32 GSchG). Es ist ein Kompromiss zwischen Nutzung und Schutz im Sinne einer nachhaltigen Entwicklung. Weil heute oft unterhalb von Wasserentnahmen keine Restwasserauflagen bestehen, werden diese Vorschriften bei der Konzessionserneuerung zu Energieeinbussen führen. Die kumulierten Energieverluste aus den Restwasserbestimmungen werden bis 2070 wie folgt erwartet:

- 2010: Laufkraftwerke, 115 GWh/a; Speicherkraftwerke, 26 GWh/a; Total, 141 GWh/a;
- 2015: 212; 28; 240;
- 2020: 230; 76; 306;
- 2025: 271; 82; 353;
- 2070: 775; 1043; 1818.

Die Tabellen und Grafiken können von dieser Seite heruntergeladen werden:
<http://www.parlament.ch/cv-curia-vista-vorstoesse-mit-tabellen-grafiken.htm>.

Der grosse Sprung zwischen 2025 und 2070 ist damit zu begründen, dass zahlreiche Wasserrechtskonzessionen zwischen 2050 und 2070 erneuert werden müssen. Die Neukonzessionierung zieht den Vollzug der Restwasserbestimmungen mit sich. Das Berggebiet ist vorwiegend über die Produktionsausfälle bei den Speicherkraftwerken betroffen. Die Erfahrungen der letzten fünfzehn Jahre haben gezeigt, dass die geltenden Restwasservorschriften in der Regel zweckmässig sind und die Anliegen des Umweltschutzes und der Wasserkraftnutzung angemessen berücksichtigen. Für einige Fälle können noch bessere Lösungen gefunden werden.

3. Die Auswirkungen der Volksinitiative «Lebendiges Wasser (Renaturierungs-Initiative)» hängen im Fall einer Annahme von ihrer konkreten Ausgestaltung und Umsetzung ab. Zum jetzigen Zeitpunkt können deshalb keine Angaben zu den Ausfällen für die Berggebiete und die Elektrizitätsgesellschaften gemacht werden.

4. Für die Gebirgskantone Uri, Schwyz, Obwalden, Graubünden, Tessin und Wallis resultieren aus der Nutzung der Wasserkraft mittlere jährliche Erträge von 1,7 Rappen pro

Kilowattstunde. Rund 1,1 Rappen pro Kilowattstunde entfallen dabei im Durchschnitt auf den Wasserzins als Preis für die Nutzung der Wasserkraftressourcen.

Die Wasserzinse sind das Entgelt für die Sondernutzung der öffentlichen Ressource Wasser an das Gemeinwesen als Eignerin der Wasserrechte. Der vom Bund festgelegte Höchstzinssatz beträgt heute 80 Franken pro Kilowattstunde Bruttoleistung. Er ist in der Vergangenheit seit 1916 fünfmal nach oben angepasst worden. Der Zweck des Wasserzinsmaximums wird darin gesehen, einen Ausgleich zwischen der Förderung der einheimischen Wasserkräfte und der preisgünstigen Stromerzeugung einerseits und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen andererseits zu schaffen. Die Kriterien zur Festlegung des Wasserzinsmaximums sind seit der Schaffung des Wasserwirtschaftsartikels im Jahre 1908 ein Dauerthema. Einigkeit besteht nur darin, dass der Kaufkraftschwund periodisch auszugleichen ist. Eine befriedigende Indexierung wurde bisher nicht gefunden. Die vielen Faktoren konnten nicht zu einer allseits anerkannten Indexierungsformel aufgearbeitet werden. Weil die Festlegung eines angemessenen Höchstwasserzinses schwierig ist und politische Interessenabwägungen erfordert, haben es die eidgenössischen Räte wiederholt abgelehnt, dem Bundesrat die Anpassung des Wasserzinsmaximums zu übertragen.

Der Bundesrat sieht es als durchaus nützlich an, die Angemessenheit des heutigen Wasserzinsmaximums zu prüfen.“

04.10.2007 SR Erledigt.

3.15 Interpellation Escher

07.3165 (Ständerat) – Interpellation Rudolf Escher: „Wasserzinsregulierung im offenen Elektrizitätsmarkt“ (vom 22.03.2007).⁷ Dabei geht es nicht mehr um eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums oder dessen Indexierung, vielmehr um die

- Abschaffung des Wasserzinsmaximums

Eingereichter Text

„Im Rahmen der Strommarkttöffnung bleiben die Elektrizitätsnetze weiterhin im regulierten Monopol. Für den Strommarkt wird jedoch das bisherige Monopol der Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgehoben und dem freien Markt unterstellt werden. Es ist also primär der Markt, der die Preise für Elektrizität festlegen wird. Eine Grundlage für die Preisfestlegung bilden die Gestehungskosten der Stromproduktion. Bei der hydrologischen Stromproduktion ist der Wasserzins einer der Bestandteile der Gestehungskosten.“

Ich ersuche den Bundesrat, im Hinblick auf die bevorstehende Elektrizitätsmarkttöffnung folgende Fragen zu beantworten:

⁷ www.parlament.ch/d/cv-geschaefte?gesch_id=20073165.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

1. Ist es richtig, dass neben der Festlegung des maximalen Wasserzinses in Artikel 49 des Wasserrechtsgesetzes keine anderen in einem Bundesgesetz betragsmässig festgelegten Preise existieren?
2. Ist die Festlegung des Wasserrechtszinses bei der Umsetzung der Strommarkttöffnung nicht grundsätzlich Sache der Konzessionsparteien entsprechend den Regeln des freien Marktes?
3. Ist er bereit, in diesem Sinne die Revision des Wasserrechtsgesetzes an die Hand zu nehmen?"

Antwort des Bundesrates vom 16.05.2007

„Die Wasserzinse gelten als Entgelt für die Sondernutzung der öffentlichen Ressource Wasserkraft an das Gemeinwesen als Eignerin der Wasserrechte. Die Wasserzinse werden pro Kilowattstunde-Bruttoleistung erhoben, das Maximum beträgt zurzeit 80 Franken pro Kilowattstunde-Bruttoleistung. Die durchschnittliche Belastung durch Wasserzinse betrug im Jahre 2000 1.15 Rappen pro Kilowattstunde. Wasserzinse und Steuern machen einen Anteil von 20 bis über 30 Prozent der Totalkosten eines durchschnittlichen Wasserkraftunternehmens aus, wobei die Wasserzinse daran den grössten Anteil haben (rund 65 Prozent).

Die jährlichen Erträge aus der Nutzung der Wasserkraft sind gerade in den Gebirgskantonen wichtig. So erreichen sie in den Kantonen Wallis und Graubünden einen Anteil von über 10 Prozent der gesamten kantonalen Steuererträge.

1. Artikel 49 des Wasserrechtsgesetzes (WRG) legt eine betragsmässige Obergrenze für den Wasserzins fest. Gemäss Artikel 76 Absatz 4 der Bundesverfassung können die Kantone für die Wassernutzung innerhalb der Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben. Artikel 49 WRG legt damit keinen fixen Preis für die Nutzbarmachung der Wasserkraft fest, sondern lediglich eine obere Limite. Zahlreiche Kantone haben jedoch das Maximum als fixen Preis in ihren kantonalen Wasserrechtsgesetzgebungen verankert.

Es gibt einige Bundeserlasse, welche Preise festlegen. So werden beispielsweise in der Fernmeldegesetzgebung Preisobergrenzen für die Aufschaltung eines Anschlusses und die monatliche Gebühr festgeschrieben.

2. Das Wasserzinsmaximum wurde beim Erlass des WRG im Jahr 1916 eingeführt und seither fünfmal erhöht. Der Zweck der bundesrechtlichen Obergrenze liegt darin, auf einfache Art einen Ausgleich zu schaffen zwischen der Förderung der Nutzbarmachung der einheimischen Wasserkräfte und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen. Die Obergrenze bildet damit eine staatliche Rahmenbedingung für die Versorgungswirtschaft. Die Artikel 48 und 49 WRG sind im Zusammenhang mit dem Verfassungsauftrag zur haushälterischen Wassernutzung und der Berücksichtigung des Gesamtinteresses zu sehen. Der Wasserzins stand deshalb in den Beratungen zum neuen Stromversorgungsgesetz nicht zur Diskussion.

3. Mit dem bundesrechtlichen Wasserzinsmaximum soll ein Ausgleich zwischen der Förderung der Nutzung der einheimischen Wasserkräfte sowie der preisgünstigen Versorgung des Landes mit Elektrizität und einer angemessenen Entschädigung der Wasserherkunftsgebiete sichergestellt werden. Der Grenzwert wirkt stabilisierend und sorgt für Verlässlichkeit bei dieser für die Betroffenen wichtigen fiskalischen Grösse. Die Freigabe des Wasserzinses führt tendenziell zu einer zusätzlichen Belastung der Kraftwerkbetreiber und erhöht den Kostendruck weiter. Dies widerspricht dem Ziel der Förderung der Was-

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

serkraft, wie es der Bundesrat an seiner Sitzung vom 21. Februar 2007 zur Energiestrategie der Schweiz erneut bekräftigt hat, und der Förderung der erneuerbaren Energien im neuen Stromversorgungsgesetz.

Die Abschaffung des Wasserzinsmaximums wäre mit komplexen Fragestellungen und erheblichem Aufwand verbunden und würde heutigen Forderungen nach Einsparungen in Verwaltung und Wirtschaft sowie nach einfachen Lösungen entgegenstehen. Sie würde eine gesamtschweizerische Regelung aufgeben und brächte kantonale Unterschiede, welche auf anderen Gebieten seit Jahren kritisiert werden.

Im Rahmen der Arbeiten zur Erfüllung des Postulates Rey 06.3160 werden die Fragen zum Wasserzins eingehend geprüft.“

21.06.2007 SR Erledigt.

3.16 Postulat Rey

06.3160 (Nationalrat) – Postulat Jean-Noël Rey: „Anpassung der Wasserzinsen“ (vom 24.03.2006).⁸ Die Anliegen sind ähnlich wie oben:

- Erhöhung des Wasserzinsmaximums (unter Berücksichtigung der Speicherkapazität)

Eingereichter Text

„Der Bundesrat wird eingeladen, mit Blick auf die steigenden Strompreise und die damit verbundenen steigenden Erträge der Elektrizitätswirtschaft eine Anpassung des höchstzulässigen Wasserzinses an die geänderten Verhältnisse zu prüfen. In einem Bericht sind insbesondere folgende Punkte zu untersuchen:

- aktuelle und zukünftige Bedeutung der Wasserkraft aus energie- und volkswirtschaftlicher Sicht für die Landesversorgung;
- Veränderungen in der europäischen und schweizerischen Stromwirtschaft seit der letzten Wasserzinserhöhung im Jahre 1996;
- Wertschöpfungspotenzial der Wasserkraft als Produkt im internationalen Stromhandel;
- Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem Kyoto-Protokoll bezüglich der entsprechenden CO2-Reduktionsmassnahmen und der damit verbundene hohe Stellenwert der CO2-freien Wasserkraft;
- Anpassung der Wasserzinse insbesondere auch unter Berücksichtigung der Speicherkapazität der Wasserkraft und der damit verbundenen Produktion von Spitzen- und Regelenergie;

⁸ www.parlament.ch/d/cv-geschaefte?gesch_id=20063160.

SCHLUSSBERICHT:

Rechtliche Überlegungen: Grundlagen Wasserzinspolitik

JÖRG LEIMBACHER

- Einhaltung der Restwasser-Sanierungen, mögliche Synergien von Modernisierungen bestehender Anlagen und Erreichung der Restwasserbestimmungen;
- Synergien bei der Bewirtschaftung von Ausgleichsbecken hinsichtlich Schwall und Sunk.

Begründung

Die Wasserzinse stellen das Entgelt für die Nutzung dieser Ressource dar und werden von den Stromproduzenten an die verfügberechtigten Gemeinwesen geleistet. Aufgrund der Bundesverfassung haben die Kantone das Verfügungsberecht über die Ressource Wasser inne. Die Festsetzung und Erhebung der Wasserzinse fallen somit in die Kompetenz der Kantone. Andererseits legt der Bund über die Bundesgesetzgebung das Wasserzinsmaximum pro Kilowatt Bruttoleistung fest. Dieses Maximum beträgt heute 80 Franken pro Kilowatt. Das entspricht im Durchschnitt rund 1,1 Rappen pro Kilowattstunde. Die letzte Erhöhung dieses Maximums auf 80 Franken wurde von den eidgenössischen Räten 1996 beschlossen. Diese Regelung ist seit dem 1. Mai 1997 in Kraft.

Zwischenzeitlich fanden auf dem Energiemarkt grosse Veränderungen statt. Insbesondere stellen wir bei der Elektrizitätsnachfrage, nach jahrelangen Überkapazitäten in Europa, nun einen Wechsel von der Angebots- auf die Nachfrageseite fest. Der Markt ist von starken Preisschwankungen geprägt. Mittlerweile sind auch im Sommerhalbjahr hohe Spotmarktpreise die Regel.

In der Schweiz zeigt sich diese Tatsache auf eindrückliche Weise in den Strompreiserhöhungen auf dem Markt. Der Jahresmittelwert des Swiss Electricity Price Index (Swep) stieg von 2,8 Rappen pro Kilowattstunde im Jahre 1999 auf 10,1 Rappen pro Kilowattstunde im Jahre 2005 oder um 360 Prozent. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Swep die Preise im kurzfristigen schweizerisch-europäischen Strom-Spotmarkt, ohne Transport-, Transformations- oder andere Systemdienstleistungen, wiedergibt. Ein Blick auf die europäischen Strombörsen zeigt jedoch klar auf, dass auch die Preise für Bandenergie für die kommenden Jahre mit über 9 Rappen pro Kilowattstunde auf einem hohen Niveau verharren werden.

Diese Strompreisentwicklung brachte grossen schweizerischen Stromgesellschaften hohe Erträge ein, was sich auf eindrückliche Weise in den stark steigenden Aktienkursen dieser Gesellschaften, vorab der letzten drei Jahre, zeigt.

Bei diesen geänderten Verhältnissen drängt sich eine Überprüfung des heutigen Wasserzinsmaximums geradezu auf. Die erkennbare höhere Wertschöpfung der Elektrizitätswirtschaft aus der Wasserkraftnutzung im internationalen Umfeld muss zur Folge haben, dass die Wasserherkunftsgebiete für den hochwertigen Rohstoff korrekt entschädigt werden.

Aus diesem Grunde ist eine korrekte Verteilung des gestiegenen Wertes der Wasserkraft voll begründet und eine sorgfältige Abklärung bezüglich der Abgeltung des Wassers zur Stromgewinnung unbedingt notwendig.“

Antwort des Bundesrates vom 31.05.2006

„Das Bundesamt für Energie erarbeitet im Auftrag des Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation zurzeit eine Strategie zur Wasserkraftnutzung in der Schweiz. Ziel ist es, die Wasserkraftnutzung in die Gesamtenergiepolitik einzubetten und zu optimieren. Die Optimierung soll insbesondere im Hinblick auf die Schliessung der zu erwartenden Stromproduktionslücke ab dem Jahre 2020 erfolgen. Als weiteres Ziel sollen

die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Wasserkraftnutzung verbessert werden. Die Arbeit behandelt verschiedene Facetten der Wasserkraftnutzung. So geht sie auf die gesetzlichen, finanziellen, baulichen, ökologischen und betriebswirtschaftlichen Aspekte ein. Im Zusammenhang mit den finanziellen Rahmenbedingungen wird auch auf das Thema Wasserzinse eingegangen. Die Ergebnisse der Arbeiten werden voraussichtlich Ende 2006 vorliegen und zusammen mit den Energieperspektiven des Bundes die Grundlage für die Diskussion des Bundesrates zur «Energiezukunft Schweiz» bilden.“

Der Bundesrat beantragt die Annahme des Postulates.

23.06.2006 NR Annahme.

3.2 Weitere für die Nutzung der Wasserkräfte relevante politische Vorstösse

Neben diesen unmittelbar auf den Wasserzins bzw. das Wasserzinsmaximum bezogenen parlamentarischen Vorstößen werden zurzeit auch andere politische Vorstösse diskutiert, namentlich

- die Renaturierungsinitiative „Lebendiges Wasser“,⁹ wobei unter anderem die Frage auftauchte, ob mögliche Renaturierungsfonds mit Geldern aus den Wasserzinseinnahmen gespeist werden sollten oder könnten. Stichwort hierbei ist die
 - Teilzweckbindung des Wasserzinses

4. THEMEN UND FRAGESTELLUNGEN

4.1 Themen

Gemäss der skizzierten Ausgangslage interessieren in Sachen „Wasserzins“ fünf Themen:

1. Erhöhung des Wasserzinsmaximums
2. Indexierung des Wasserzinsmaximums
3. Abschaffung des Wasserzinsmaximums
4. Einführung eines Speicherzuschlags
5. Teilzweckbindung des Wasserzinses

Diese fünf Themen werden im Zentrum der folgenden juristischen Abklärungen stehen, wobei sie in Absprache mit dem Auftraggeber unterschiedlich detailliert behandelt werden – insbesondere wird auf die „Teilzweckbindung des Wasserzin-

⁹ Botschaft „Lebendiges Wasser“ 2007, BBI 2007 5511 und Entwurf des Bundesbeschlusses, BBI 2007 5529 f.

ses“ nur sehr summarisch eingegangen, liegt dort doch ein aktuelles Gutachten des Bundesamtes für Justiz in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Umwelt vor.

Ziel der Untersuchung ist es, dem Bundesamt für Energie zur Beantwortung und Behandlung der oben aufgeführten politischen Vorstöße sowie als Basis für seine strategischen Entscheidungen in Sachen „Wasserzins“ (rechtliche) Grundlagen zur Verfügung zu stellen.

4.2 Rechtliche Fragestellungen

In den Einleitungen zu den genannten fünf Themen finden sich die jeweils speziell interessierenden und dort näher zu behandelnden Fragen.

Zuerst wird im Folgenden jedoch das umfassendere Thema „Wasserzinsmaximum“ ganz allgemein näher betrachtet. Vieles ist für die anschliessend vertieft zu behandelnden fünf Themen grundsätzlich relevant.

5. DAS WASSERZINSMAXIMUM

5.1 Die Verfassungsgrundlage

5.11 Art. 76 BV und Art. 49 WRG

Die wichtigste, für den Wasserzins und sein Maximum relevante *bundesrechtliche* Norm ist Art. 76 BV, „Wasser“, genauer: der Absatz 4 Satz 2 dieser Verfassungsbestimmung:

¹ Der Bund sorgt im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen sowie für die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers.

² Er legt Grundsätze fest über die Erhaltung und die Erschliessung der Wasservorkommen, über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke sowie über andere Eingriffe in den Wasserkreislauf.

³ Er erlässt Vorschriften über den Gewässerschutz, die Sicherung angemessener Restwassermengen, den Wasserbau, die Sicherheit der Stauanlagen und die Beeinflussung der Niederschläge.

⁴ Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone. *Sie können für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben.* Der Bund hat das Recht, die Gewässer für seine Verkehrsbetriebe zu nutzen; er entrichtet dafür eine Abgabe und eine Entschädigung.

⁵ Über Rechte an internationalen Wasservorkommen und damit verbundene Abgaben entscheidet der Bund unter Bezug der betroffenen Kantone. Können sich Kantone über Rechte an interkantonalen Wasservorkommen nicht einigen, so entscheidet der Bund.

⁶ Der Bund berücksichtigt bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen der Kantone, aus denen das Wasser stammt.¹⁰

Absatz 4 macht hinsichtlich des hier interessierenden Wasserzinses bzw. des Wasserzinsmaximums dreierlei klar:

1. Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone.¹¹
2. Die Kantone können für die Wassernutzung Abgaben erheben.
3. Den zulässigen Höchstsatz – das Maximum – dieser kantonalen Abgaben bestimmen gewisse „Schranken der Bundesgesetzgebung“.

Zahlenmäßig fixiert ist diese Schranke in Art. 49 Abs. 1 WRG, „Gebühren und Wasserzinse“:

„Der Wasserzins darf jährlich 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung nicht übersteigen. Davon kann der Bund höchstens 1 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung zur Sicherstellung der Ausgleichsleistungen an Kantone und Gemeinden nach Artikel 22 Absätze 3–5 beziehen. Im internationalen Verhältnis sorgt der Bund bei jeder Änderung des Wasserzinsmaximums für die notwendige Abstimmung.“¹²

Die Kantone sind somit bei der Erhebung von Abgaben für die Nutzung der Wasserkraft nicht frei.¹³ Sie können *keine* beliebig hohen Abgaben erheben; sie können insbesondere nicht jene (hohen oder höheren) Abgaben erheben, die ein „freier(er) Markt“ eventuell zu erheben erlaubte. Vielmehr haben sie sich zu beschränken: über die von der Bundesgesetzgebung festgelegten Höchstsätze bzw. den aktuellen (einzigsten) Höchstsatz dürfen sie nicht hinausgehen. Das Wasserzinsmaximum ist für die Konzedenten bindend.

Die Kantone (bzw. die verleihenden Gemeinwesen) sind jedoch *nicht* verpflichtet, den bundesrechtlich zulässigen Höchstsatz zu verlangen; sie müssen den von Art. 76 Abs. 4 BV in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 WRG aufgespannten Rahmen nicht ausschöpfen; sie dürfen *billiger* sein und die Nutzung der Wasserkraft günstiger verleihen.¹⁴

¹⁰ Hervorhebung hinzugefügt.

¹¹ Dazu später mehr; vgl. Ziff. 5.5.

¹² Hervorhebung hinzugefügt.

¹³ Egger 16 weist darauf hin, dass diese Verfassungsbestimmung „eine fühlbare Einschränkung der kantonalen Souveränität“ bedeute, sei „doch das Recht, für die Wasserbenutzung eine Abgabe zu beziehen, in der Wasserhoheit der Kantone begründet“.

¹⁴ „Indem die eidgenössischen Bestimmungen an sich keine Verpflichtung begründen, Wasserzinse zu erheben oder zu bezahlen, stellt der nach der eidgenössischen Verord-

Wie es zu dieser Einschränkung der kantonalen Zuständigkeiten kam, zeigt ein Blick in die Entstehung der Verfassungsbestimmung.

5.12 Historische Entwicklung des Wasserrechts

Der heutige Art. 76 BV ist Resultat einer „Nachführung“.¹⁵ Das alte bzw. tradierte „geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht“, sollte Ende des letzten Jahrtausends nachgeführt, verständlich dargestellt, systematisch geordnet sowie in Dichte und Sprache vereinheitlicht werden.¹⁶ Wie in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung festgehalten, ist der nachgeführte Verfassungstext deshalb „ein getreues Abbild des gegenwärtigen Rechtszustandes“.¹⁷

Somit entspricht die dem Bund in Art. 76 BV zugewiesene Zuständigkeit jener von Art. 24^{bis} aBV, der Vorgängernorm aus dem Jahre 1975, und es findet durch die „Nachführung“ keine Veränderung in der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen statt.¹⁸ Eine Einschätzung, die vom Bundesgericht im Entscheid Grand Dixence bestätigt wird:

„Aux termes de l'art. 76 al. 4 Cst. – qui a clarifié l'art. 24^{bis} al. 3 aCst. sans y apporter de changement matériel (...) –, les cantons disposent des ressources en eau et peuvent prélever, dans les limites prévues par la législation fédérale, une taxe pour leur utilisation. Les limites que doit prévoir la législation fédérale, selon la disposition constitutionnelle précitée, sont fixées à l'art. 49 LFH“.¹⁹

Die von den Kantonen zu beachtenden „Schranken“ für die Abgabeerhebung bei der Wasserkraftnutzung waren allerdings nicht erst 1975 in die Verfassung aufgenommen worden, sondern bereits in der alten Fassung von Art. 24^{bis alt} aBV²⁰ aus dem Jahre 1908 enthalten, wo es in Absatz 6 hiess:

nung sich ergebende Gesamtbetrag nur ein Maximum dar“; Kreisschreiben Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses 1953, BBI 1954 I 4.

15 Ausführlich zur Entwicklung des Wasserrechts Wyer, Nutzung, 13 ff.; derselbe, Rechtsfragen, 5 ff.; derselbe, Abgaben, 15 ff, Rz. 35 ff.; Jagmetti, Energierecht, 398 ff., Rz. 4102 ff.; Leimbacher/Perler 264 ff.

16 Bundesbeschluss Totalrevision BV, BBI 1987 II 963.

17 Botschaft neue BV, BBI 1997 I 115.

18 Wyer, Abgaben, 153, Rz. 191. Marti 1363, Rz. 1; m.w.H.

19 BGE 128 II 112, E. 4a; Hervorhebung hinzugefügt.

20 Der Art. 24^{bis alt} aBV hielt in seinen Absätzen 5 und 6 fest:

„Die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte gehören den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten.“

Sie werden für die vom Bunde ausgehenden Konzessionen von diesem nach Anhörung der beteiligten Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung bestimmt. Für die übrigen Konzessionen werden die Abgaben und Gebühren von den Kantonen innert den durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Schranken festgesetzt“; Botschaft Art. 24^{bis alt} aBV, BBI 1908 VI 8. Hervorhebung hinzugefügt.

„Für die übrigen (sc. nicht vom Bund ausgehenden, also kantonalen) Konzessionen werden die Abgaben und Gebühren von den Kantonen *innert den durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Schranken* festgesetzt.“²¹

Diese Version der Verfassungsbestimmung war *von den Räten* vorgeschlagen worden, währenddem die Vorlage des Bundesrates für einen Art. 24^{bis alt} aBV solche „Schranken“ noch nicht vorgesehen hatte. Der damalige bundesrätliche Entwurf war entstanden als Antwort auf ein Postulat zur Schaffung einer Verfassungsgrundlage zur Nutzung der Wasserkräfte²² sowie auf eine Volksinitiative, die die Gesetzgebung über die Wasserkräfte weithin zur Bundessache machen wollte.²³ In seinem Absatz 3 hatte es noch geheissen:

Näheres bei Jagmetti, Energierecht, 410 ff, Rz. 4118 ff; Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 22 ff.; Wyer, Rechtsfragen, 5 f.; derselbe, Abgaben, 148, Rz. 187.

²¹ Botschaft Volksabstimmung Art. 24^{bis alt} aBV, BBI 1908 VI 8; Hervorhebung hinzugefügt.

²² Botschaft Art. 24^{bis alt} aBV, BBI 1907 II 624: „Der Bundesrat wird eingeladen, den eidgenössischen Räten mit aller Beförderung zum Zwecke der allseitigen Wahrung der volkswirtschaftlichen und nationalen Interessen bei der Gewinnung und Verwertung unserer Wasserkräfte Vorschläge zu den nötigen Verfassungsgrundlagen zu unterbreiten.“

²³ Zum Art. 24^{bis alt} aBV führte der Bundesrat in seinem Bericht und Botschaft WRG 1945, BBI 1945 II 84 f., aus: „Im Jahre 1891 schlug die Gesellschaft «Freiland» die Aufnahme eines Artikels in die Bundesverfassung vor, der die Gewinnung und Ausbeutung der Wasserkräfte als Monopol des Bundes bezeichnen sollte. Dieser Eingabe wurde von Bundesrat und Bundesversammlung keine Folge gegeben.“

Im Jahre 1906 kam eine Initiative zustande, nach deren Text die Gesetzgebung über die Ausnützung der Wasserkräfte und über die Fortleitung und Abgabe der daraus gewonnenen Energie zur Bundessache erklärt wurde. Diesem Text stellte die Bundesversammlung einen Gegenvorschlag gegenüber, nach dem die Bundesgesetzgebung nur die zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderlichen allgemeinen Vorschriften aufstellen sollte; unter diesem Vorbehalt bliebe die Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte unter der Oberaufsicht des Bundes Sache der Kantone. Nachdem die Initiative zugunsten des Gegenentwurfes der Bundesversammlung zurückgezogen worden war, wurde dieser in der Volksabstimmung vom 25. Oktober 1908 angenommen; er bildet heute den Art. 24^{bis} der Bundesverfassung.

Damit hat der Bund nicht ein unbeschränktes Gesetzgebungsrecht mit der Möglichkeit der Errichtung eines Bundesmonopols erhalten, wie z.B. in den Art. 24^{ter} (Schiffahrt), 26 (Eisenbahnen) oder 37^{ter} BV (Luftfahrt). Er besitzt nur ein beschränktes Rechtsetzungsrecht; er darf die zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderlichen allgemeinen Vorschriften aufstellen. Damit ist die Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte im einzelnen den Kantonen verblieben. Das äussert sich namentlich darin, dass die Kantone die Rechte für Ausnützung von Wasserkräften verleihen und nicht der Bund. Diese Kompetenzen der Kantone sind dann allerdings in Art. 24^{bis} BV noch etwas abgeschwächt worden. So ist die Erteilung von Konzessionen Bundessache, wenn bei der Inanspruchnahme von Gewässerstrecken, die unter der Hoheit mehrerer Kantone, stehen, sich diese nicht über eine gemeinsame Konzession verständigen können. Ferner ist der Bund zur Verleihung von Wasserrechten an Gewässerstrecken, die die Landesgrenze bilden, zuständig. Die Abgabe von durch Wasserkraft erzeugter Energie ins Ausland

„Soweit nicht die Bundesgesetzgebung den Inhalt der Wasserrechtskonzessionen regelt, ist deren Erteilung, sowie *die Festsetzung und der Bezug der für die Benützung der Wasserkräfte zu entrichtenden Gebühren und Abgaben Sache der Kantone*. Diese Auflagen der Kantone dürfen die Nutzbarmachung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren.“²⁴

5.13 Keine verfassungsrechtliche Verpflichtung auf die heutigen „Schranken“

Wie Kilchenmann in seinem Bericht zum Wasserzinsmaximum richtig festhält, hatte Absatz 6 von Art. 24^{bis alt} aBV „also verlangt, dass die Bundesgesetzgebung die Schranken der Abgaben und Gebühren zu bestimmen habe, liess aber offen, wie dies zu geschehen habe“. Dieses Bewusstsein bzw. das Bewusstsein, dass differenzierte, den je konkreten Verhältnissen angepasste unterschiedliche Sätze von Wasserzinsen nicht nur möglich, sondern damals in der Beratung des schliesslich als Absatz 6 Satz 2 von Art. 24^{bis alt} aBV verabschiedeten Textes auch diskutiert worden seien, sei, wie Kilchenmann meint, verloren gegangen, seit das Wasserrechtsgesetz im Jahre 1918 in Kraft getreten sei und dieses nur *ein einziges* Wasserzinsmaximum gekannt habe. Auch in seinem Kommentar sei damals Prof. Burckhard der Thematik ausgewichen und habe sich in der dritten Auflage blass noch darauf beschränkt, den damaligen Höchstsatz von sechs Franken zu erwähnen.²⁵

Auch die Revision von 1975 brachte keine grundsätzlichen Änderungen. Im revidierte Art. 24^{bis} BV hiess es in Absatz 3:

„Die Verfügung über die Wasservorkommen und die Erhebung von Abgaben für die Wasserbenutzung stehen unter Vorbehalt privater Rechte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten zu. *Die Kantone setzen die Abgaben in den Schranken der Bundesgesetzgebung fest.*“²⁶

Kilchenmann kommentiert diese Revision unter Hinweis auf Absatz 6 der Verfassungsbestimmung, die den Bund verpflichtete, bei der Ausübung seiner Kompetenzen die Bedürfnisse der Wasserherkunftsgebiete und der betreffenden Kantone zu beachten und die Entwicklungsmöglichkeiten zu wahren, wie folgt:

darf sodann nur mit Bewilligung des Bundes erfolgen. Schliesslich ist der Bund zum Erlass gesetzlicher Bestimmungen über die Fortleitung und die Abgabe elektrischer Energie befugt erklärt worden, von welcher Befugnis er aber bis heute keinen Gebrauch gemacht hat, ...

Neben allen diesen Aufgaben steht dem Bunde das allgemeine Oberaufsichtsrecht über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu.“

²⁴ Botschaft Art. 24^{bis alt} aBV, BBI 1907 II 627; Hervorhebung hinzugefügt.

²⁵ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 26; zu den Beratungen: ebenda, 24 ff. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 149, Rz. 187.

²⁶ Hervorhebung hinzugefügt.

„Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers, den maximal zulässigen Wasserzins festzulegen und Bestimmungen zu erlassen, die ein Unterlaufen dieses Maximums vermeiden, ist gestützt auf Wortlaut und Bedeutung des Wasserwirtschaftsartikels und dessen Entstehungsgeschichte gegeben. Unbestritten ist denn auch, dass der Bundesrat auf dem Weg der Gesetzgebung ein Wasserzinsmaximum, wie wir es heute (sc. im Jahre 1993) kennen, festlegen kann. Damit steht aber noch nicht fest, ob und wie er es tun muss.“²⁷

Mit anderen Worten: Die Verfassung – auch in der aktuellen Fassung gemäss Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV – verlangt klarerweise, *dass* der Bund für die Erhebung von Abgaben für die Wasserkraftnutzung durch die Kantone „Schranken“ setzt. Diese Schranken müssen jedoch, wie die Untersuchung von Kilchenmann zeigt, nicht zwingend die Form eines *zahlenmäßig* fixierten Höchstsatzes, eines Wasserzinsmaximums haben: „Die betragsmässige Fixierung eines Höchstsatzes für den Wasserzins stellt nicht die einzige Möglichkeit dar, um den Verfassungsauftrag «Festlegung von Abgabenschranken» zu erfüllen. Gerade der Verfassungsgesetzgeber von 1908 schloss andere Arten der Begrenzung nicht aus, um der Nutzung der Wasserkraft den Weg zu ebnen.“²⁸

Daher ist, wie Kilchenmann zu Recht festhält, der Bundesgesetzgeber nicht darauf beschränkt, die „Schranken“ in Form eines *zahlenmäßig* fixierten Wasserzinsmaximums zu setzen. Vielmehr kann er „unter verschiedenen Lösungen, die sich als verfassungskonform erweisen, wählen“.²⁹

Nicht erfüllt wird der Verfassungsauftrag jedoch, wenn der Bund „die Bildung und Begrenzung der Abgaben vollständig den Kantonen überlassen“ würde. Für einen solchen Schritt weitgehender „Liberalisierung“ müsste mit Kilchenmann „vorgängig die Bundesverfassung geändert werden“.³⁰

5.13.1 Mehrere Arten von „Schranken“ denkbar

Aber bereits bei der gegebenen Verfassungsgrundlage ist gemäss Kilchenmann „das System bundesrechtlicher Höchstbeträge Entwicklungsfähig“: Es könne, wie er meint, „den gewandelten Verhältnissen vermehrt Rechung getragen werden. Ausgangspunkt ist stets, dass der Wasserzins eine Entschädigung für die vom verleihenden Gemeinwesen zur Verfügung gestellte Rohwasserkraft ist.“³¹ Die in

27 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 30. Zustimmend Wyer, Abgaben, 150, Rz. 188.

28 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 51.

29 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 51, vgl. auch 53. Zu den Anforderungen an solche Lösungen vgl. ebenda 52 f.

30 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 53.

31 „Rohwasserkraft“ meint die Bruttowasserkraft, das Produkt von Wassermenge und Gefälle: „Für ein System differenzierter Höchstsätze sind mehrere Elemente zu berücksichtigen. Ausgangspunkt ist stets die *Rohwasserkraft*. Das verleihende Gemeinwesen wird entschädigt für die Wassermenge und das Gefälle (Gewässerstrecke), welche zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden“; Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 60.

der Realität unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten und -kosten können dann zu einem differenzierten Entschädigungsmodell führen. Es können Zuschläge und Abzüge vorgesehen werden, die an bestimmte Kriterien gebunden werden, wie die zeitliche Verfügbarkeit der verliehenen Wassermengen oder die energiewirtschaftliche Qualität der produzierten Energie. Möglich sind auch Kombinationen.“³²

Mit leicht anderen Worten und ausführlicher: „Für ein System differenzierter Höchstsätze sind mehrere Elemente zu berücksichtigen. Ausgangspunkt ist stets die *Rohwasserkraft*. Das verleihende Gemeinwesen wird entschädigt für die Wassermenge und das Gefälle (Gewässerstrecke), welche zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. Das System des Einheits-Höchstsatzes unterstellt, dass es allein Sache des Konzessionärs ist, was er mit der Rohwasserkraft an elektrischer Energie erzeugen kann. Die in der Realität unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten und -kosten werden nicht berücksichtigt. Der Konzessionär zahlt für eine günstige Wasserkraft gleichviel wie für eine schlechtere, und spiegelbildlich verhält es sich beim vereinnahmenden Gemeinwesen: Die bessere Wasserkraft wird gleich entschädigt wie die schlechtere. Ein differenzierteres System müsste hier ansetzen und von einem Normal-Höchstsatz ausgehen. Es könnten Zuschläge und Abzüge in Abhängigkeit bestimmter Kriterien vorgenommen werden, beispielsweise der *zeitlichen Verfügbarkeit* der Wassermenge. Das frühere Qualitätsstufensystem kann differenzierter als damals eingesetzt werden, indem nicht (nur) ein Abzug für schlechtere Verfügbarkeit gewährt, sondern (auch) ein Zuschlag für überdurchschnittliche oder für besonders günstige Verfügbarkeit eingeführt wird.“

Ein weiteres Element wäre eine vermehrte Berücksichtigung der *Energiequalität* und der namentlich bei Speicheranlagen gebotenen Möglichkeit, durch gezielten Einsatz der Anlage die gespeicherte Wasserkraft zu «veredeln». Das würde bedeuten, dass der Wasserzins wenigstens teilweise auf der Energie (produzierte oder produzierbare Kilowattstunden) erhoben wird. Der Normal-Höchstansatz würde etwa einer Grundlast- oder Bandenergie entsprechen. Für Spitzen- oder Winterenergie könnte es einen Zuschlag gegeben. Auch Abzüge wären möglich, um weniger attraktive, aber dennoch erwünschte Produktionen zu fördern oder zu erhalten. Die verleihenden Gemeinwesen könnten auf diese Weise in einem angemessenen Rahmen am Ertragswert der von ihnen konzidierten Wasserkräfte partizipieren.

Möglich sind auch Kombinationen, etwa eine Aufteilung des Wasserzinses auf Leistung und Energie. (...)"³³

Dieses Plädoyer von Kilchenmann für eine Differenzierung des Wasserzinses ist sicherlich berechtigt – und es wird später noch auf den einen und anderen Gesichtspunkt eingegangen werden.³⁴

32 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 86.

33 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 60.

34 Vgl. dazu Ziff. 7 und 8.

An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, dass es bereits heute den Konzerten (im Rahmen der kantonalen Gesetzgebungen) frei steht, wie sie den Wasserzins berechnen wollen – solange sie nur nicht über das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum hinausgehen!

Die Kantone (bzw. die verleihenden Gemeinwesen) können den Wasserzins schon heute von der „Qualität“ der genutzten Wasserkraft abhängig machen; sie können einen Speicherzuschlag verlangen oder zwischen Sommer- und Winterbetrieb differenzieren. Was sie einfach nicht können und dürfen, das ist, über das bundesrechtliche Maximum hinauszugehen.

5.2 Das Wasserrechtsgesetz

5.21 Entstehung des Gesetzes

In Erfüllung des skizzierten Verfassungsauftrages von Art. 24^{bis alt} aBV aus dem Jahre 1908 legte der Bundesrat mit Botschaft vom 19. April 1912 der Bundesversammlung einen Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, WRG, vor. Im Jahre 1945 skizzierte der Bundesrat die Entstehungsgeschichte kurz wie folgt³⁵: „Dieser Entwurf ging in der Übertragung von Kompetenzen an den Bund erheblich weiter als das heutige Gesetz. Für den Geist des Entwurfes spricht besonders der Wortlaut des Art. 9, der unter dem Marginale «Rechte des Bundes», Ziffer 5, «Feststellung über unbenutzte Gewässer», sagte:

„Wenn das Verfügungsberechtigte Gemeinwesen ein Gewässer trotz billiger Ausnutzungsangebote während längerer Zeit ohne wichtigen Grund weder selbst nutzbar macht noch durch andere benutzen lässt, kann der Bundesrat in dessen Namen das Benutzungsrecht verleihen.“

In den eidgenössischen Räten begegnete der Entwurf einer heftigen Opposition. Man warf ihm namentlich vor, er gehe über den Rahmen der Verfassungsbestimmung hinaus und enge die Zuständigkeit der Kantone zu sehr ein. Äusserst umstritten war namentlich der vorerwähnte Art. 9, der in der Fassung des bundesrätlichen Entwurfes an der hartnäckigen Ablehnung des Ständerates scheiterte. Der Nationalrat hielt in zwei Abstimmungen am bundesrätlichen Entwurf fest, gab jedoch, ohne von der Richtigkeit der Gegenargumente überzeugt zu sein, nach, nachdem der Ständerat dreimal mit grossem Mehr einem Gegenentwurf zugestimmt hatte, wonach nur der Kanton seine Gemeinden, wo diesen das Verfügungrecht zusteht, zur Gewährung von Wasserrechten zwingen kann, nicht aber der Bund einen Kanton.

³⁵ Ausführlich zur Erarbeitung des Entwurfs WRG die Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 669 ff.

Vier Jahre dauerten die parlamentarischen Beratungen über das Gesetz, wobei die zentralistischen und föderalistischen Tendenzen heftig aufeinanderstießen. Oft konnten die Bedenken der letzten Richtung nur durch die Beteuerung des Vertreters des Bundesrates, der Bund werde bei der Ausübung der ihm aus dem Gesetze zufließenden Rechte immer enge mit den Kantonen zusammenarbeiten und ihre Souveränität auf dem Gebiete des Wasserrechtes achten, zerstreut werden.

Angesichts dieser Tatsachen ist es nicht verwunderlich, dass das Gesetz nur dank zahlreicher Kompromisse zustande kam und dabei leider in gewissen Teilen seinen logischen Zusammenhang verloren hat.

Das Gesetz ist am 1. Januar 1918 in Kraft getreten.³⁶

Welches damals und im Rahmen der bisherigen Revisionen des Wasserrechtsgesetzes die im Hinblick auf den Wasserzins bzw. das Wasserzinsmaximum wichtigsten Punkte waren, wird sogleich im Kapitel zum „Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums“ näher beleuchtet.

5.22 Bisherige Revisionen des Wasserrechtsgesetz

Für die Belange dieser Untersuchung ist hervorzuheben, dass die wichtigsten Änderungen des Wasserrechtsgesetzes – in den Jahren 1952, 1967, 1976, 1985 und 1996 – im Wesentlichen das Wasserzinsmaximum betrafen.³⁷ Auf sie wird im Kapitel zur Erhöhung des Wasserzinsmaximums näher eingegangen.³⁸

5.23 Künftige Revisionen des Wasserrechtsgesetzes

Die eingangs wiedergegebenen parlamentarischen Vorstöße verlangen nach einer weiteren Änderung des Wasserrechtsgesetzes. Und wie bei den bisherigen, steht einmal mehr der Wasserzins bzw. sein Maximum zur Diskussion. Ziel ist eine Erhöhung des Zinses zugunsten der verleihenden Gemeinwesen, sei dies durch eine blosse Erhöhung des Höchstsatzes, durch einen Speicherzuschlag

36 Bericht und Botschaft WRG 1945, BBI 1945 II 85.

37 Botschaft WRG 1995, BBI 195 IV 993 f. Teilrevisionen WRG: „BG vom 20. Juni 1952, 21. Dezember 1967, 8. Oktober 1976, 21. Juni 1985 und 13. Dezember 1996; ferner Änderungen durch das GSchG vom 24. Januar 1991, die Revision OG vom 4. Oktober 1991 und das KoG vom 18. Juni 1999. Materielle Änderungen erfuhr das WRG ferner durch das EntG und durch das OG, die zunächst nicht in einer Anpassung des WRG-Textes zum Ausdruck kamen“; Jagmetti, Energierecht, 413, Rz. 4120, Anm. 104.

38 Vgl. Ziff. 6.

oder durch eine „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ im Sinne eines Verzichts auf ein bundesrechtliches Maximum.³⁹

5.3 Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums

Getreu dem Verfassungsauftrag von Art. 24^{bis alt}, dem darauf folgenden revidierten 24^{bis} aBV oder dem heutigen Art. 76 BV sollen den kantonalen Abgaben auf der Wasserkraftnutzung durch die Bundesgesetzgebung „Schranken“ gesetzt werden. Die vor bald hundert Jahren gewählte Lösung bestand darin, im Wasserrechtsgesetz, konkret in Art. 49 WRG, ein Wasserzins-*Maximum* festzuschreiben.⁴⁰ Diese Bestimmung setzt jedoch nur die obere Grenze des Wasserzinses. Der Spielraum der Kantone ist somit nicht vollständig aufgehoben, sondern lediglich begrenzt: „Die Kantone können niedrigere Ansätze festlegen oder besondere kantonale Steuern erheben oder andere Rechnungsgrundlagen anwenden. Vorbehalten bleibt lediglich, dass die geschuldete Leistung den festgesetzten Maximalzins nicht übersteigt.“⁴¹

Welche Gründe haben zum Erlass von „Schranken“ geführt? Warum wurden damals die Kantone zumindest teilweise entmachtet?

Einen Hinweis auf die zur Wende des 19./20. Jahrhunderts virulenten Fragen mag der Blick in das Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantone aus dem Jahre 1891 geben. Darin unterbreitete der Bundesrat diesen im Gefolge der vom „Centralvorstand der schweizerischen Gesellschaft «Frei-Land»“ vorgeschlagenen Monopolisierung der noch ungenutzten Wasserkräfte durch den Bund⁴² u.a. die folgenden Fragen:

„4. Ist zu befürchten, daß bei dem bestehenden Zustande eine volle und rationelle Nutzbarmachung unserer Gewässer nicht möglich sei, oder, namentlich mit Rücksicht auf die Fortleitung gewonnener elektrischer Kräfte über die Kantongrenzen hinaus, großen Schwierigkeiten begegne? oder auch, daß der durch die neuesten technischen Erfindungen erhöhte Werth der Wasserkräfte auf Kosten der allgemeinen Wohlfahrt und deren Förderung der privaten Spekulation und Bereicherung anheimfalle?

³⁹ Vgl. die Ziff. 6, 8 und 9.

⁴⁰ „Die in der Verfassung vorgesehene Schranke für die Abgaben wird im Wasserrechtsgegesetz mit dem maximalen Wasserzinsansatz (Art. 49 WRG) festgelegt“; Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1444. „Das Wasserrechtsgesetz bestimmt den maximalen Wasserzinsansatz“; Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2139.

⁴¹ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2141. „Les cantons sont évidemment libres de fixer des maxima inférieurs mais ils ne sont pas libres de fixer des maxima supérieurs“; Ständerat Aubert, Berichterstatter, Amtl. Bull. SR 1976 387.

⁴² Dazu Burckhardt 172.

5. Würde die Nutzbarmachung der Wasserkräfte erfolgreicher sein und für das Allgemeinwohl bessere Resultate zu Tage fördern, wenn sie gleichmäßig für die ganze Schweiz im Sinne der Monopolisierung durchgeführt würde? (...)

7. Ist für den Fall der Verneinung der Monopolfrage eine einheitliche Regelung der Materie durch Bundesgesetz anzustreben?⁴³

Während, wie beispielsweise Egger in seiner Dissertation aus dem Jahre 1923 ausführt, früher die Triebkraft des Wassers nur in beschränktem Umfange genutzt wurde, hauptsächlich zum Betrieb von Mühlen verschiedenster Art (Mehl-, Öl- und Sägemühlen), wofür vielerorts eine bescheidene Abgabe entrichtet werden musste, nahm die „Ausnutzung der im fallenden Wasser liegenden Kraft zur Energieerzeugung“ um die Jahrhundertwende „infolge der Fortschritte der Technik eine ungeahnte Entwicklung“: „Den über die öffentlichen Gewässer verfügberechtigten Gemeinwesen erschlossen sich dadurch neue Finanzquellen. Namentlich der Bezug von Wasserzins wurde allgemein üblich. Gemeinwesen, welche bis dahin diese Abgabe nicht erhoben, zögerten nicht, sie sofort einzuführen. Die anderen erhöhten ihre bisherigen Ansätze.“⁴⁴

Es war also die Entwicklung der Elektrotechnik im ausgehenden 19. Jahrhundert, wodurch die Wasserkraftnutzung ihre grosse Bedeutung erhielt. Und wie Jagmetti festhält, galt „(w)ährend Jahrzehnten ... die Wasserkraftnutzung als zentraler Gegenstand des Wasserrechts“.⁴⁵ Zudem wird mit dem Zivilgesetzbuch von 1912 klar, dass der Staat die Gewässernutzung per Konzession regelt – diese also, stets noch unter dem Vorbehalt der anders lautenden Regelung in den Kantonen, *öffentliche Sachen* sind (vgl. dazu Art. 664 ZGB).⁴⁶

In seiner Botschaft von 1907 „betreffend die Bundesgesetzgebung über die Wasserkräfte“ wies der Bundesrat darauf hin, die ins Auge gefasste moderate „Bundeslösung“ mit einer Oberaufsicht des Bundes diene – man erinnere sich der Fragen aus obigem Kreisschreiben – auch dem Zwecke, „eine wirtschaftlich rationelle Ausnützung der Gewässer zu ermöglichen“.⁴⁷

Ausführlich äusserte sich der Bundesrat 1912 in seiner Botschaft zum Wasserrechtsgesetz zu den Zielen des Gesetzes bzw. zu den Aufgaben des Bundes im Rahmen der Nutzbarmachung der Wasserkräfte, insbesondere im Hinblick auf die Belastung der Wasserkraftnutzung durch Abgaben:

⁴³ Kreisschreiben Monopolisierung 1891, BBI 1891 IV 334.

⁴⁴ Egger 10 f. Vgl. dazu auch Wyer, Abgaben, 15 f., Rz. 35.

⁴⁵ Jagmetti, Energierecht, 411, Rz 4118; m.w.H.

⁴⁶ Liver, Entwicklung, S. 342. Vgl. zur Entwicklung des Wasserrechts auch Leimbacher/Perler, Screening, 253 ff.

⁴⁷ Botschaft Wasserkräfte 1907, BBI 1907 II 631.

„Und was nun den eigentlichen Gegenstand des Gesetzes, die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, anbelangt, so hat die Bundesverfassung dem Gesetzgeber wiederum bestimmte Schranken gezogen: Absatz 2 des Verfassungsartikels scheint zwar den Bund zu ermächtigen, alle zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderlichen Bestimmungen zu treffen; aber er fügt bei: die «*allgemeinen Vorschriften*» und Absatz 3 erläutert dieses Wort, indem er erklärt, die Regelung des Gegenstandes stehe unter jenem Vorbehalt den Kantonen zu. Der eidgenössische Gesetzgeber soll sich also nicht auf die Regelung im einzelnen einlassen; die Einzelheiten zu ordnen, solle er den Kantonen überlassen. Zu solchen kantonalen Bestimmungen rechnete man wohl vor allem diejenigen über das Verfahren zur Erteilung der Konzessionen; denn Absatz 4 spinnt gewissermassen den unausgesprochenen Gedanken fort, indem er sagt: die Erteilung der Konzession sei jedoch Sache des Bundes bei interkantonalen Gewässern. Eine weitere Beschränkung liegt für den Bundesgesetzgeber im Umstande, dass die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wässerkräfte den Kantonen gehören; die Bundesgesetzgebung soll zwar die Schranken dieser Gebühren und Abgaben festsetzen (Absatz 6), allein es ist äusserst schwierig durch allgemeine Normen die Höhe jener Leistungen in wirksamer Weise zu begrenzen; will man allen Möglichkeiten Rechnung tragen, so gelangt man zu hohen Ansätzen und verleitet gewissermassen alle Kantone bis zu diesem zulässigen Maximum zu gehen; greift man aber tiefer, so stösst man unvermeidlich auf den Widerstand der kantonalen Ärare⁴⁸. Um gleichmässig wirksam und um billig zu sein, müsste übrigens eine solche Regelung die Wasserwerke der Gemeinden und der Kantone wie die privaten treffen, was kaum durchführbar ist. Endlich kommt in Betracht, dass die Konzession ein wirtschaftliches Ganzes bildet und dass die Gebühren und die Abgaben, d.h. der Wasserzins davon nur einen Teil ausmachen, dessen Begrenzung nur von unvollkommener Wirkung ist, wenn die übrigen Bedingungen der Konzession von den kantonalen Behörden ungehindert bestimmt werden können. Wir haben trotz diesen Bedenken, um der Verfassungsvorschrift nachzukommen, in Art. 40 ein Maximum von drei Franken pro Bruttopferdekraft aufgestellt.“⁴⁹

Als vielleicht wichtigste Aufgabe der eidgenössischen Gesetzgebung bezeichnete der Bundesrat, dass die „gewonnenen nutzbaren Kräfte auch der Allgemeinheit zugänglich gemacht“ – und nicht übermässig verteuet würden: „An der Art und Weise, wie die Wasserkräfte eines Gewässers nutzbar gemacht und verwertet werden, hat die Allgemeinheit ein doppeltes Interesse: ein negatives daran, dass bei der Anlage und beim Betrieb des Wasserwerkes die sonstigen mit dem Gewässer verknüpften Interessen berücksichtigt werden, die Fischerei, der Uferschutz, die Schiffahrt und andere (vgl. die Art. 14-22), und ein positives daran, dass die gewonnenen nutzbaren Kräfte auch der Allgemeinheit zugänglich gemacht, d. h. nicht aus fiskalischen oder spekulativen Gründen übermässig ver-

⁴⁸ Ärar: vom lateinischen aerarium (röm. Staatskasse, von aes: Bronze), ist eine alte, heute ungebräuchliche Bezeichnung für das materielle und immaterielle Vermögen eines Staates. Dazu zählen neben Gebäuden, Grundstücken und Goldreserven auch staatliche Monopole. Ein heute üblicherer Begriff hierfür ist Fiskus.

⁴⁹ Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 673 f.

teuert werden. Das ist, wie in allen Stadien der Vorberatungen zum Verfassungsartikel und zum Gesetzesentwurf betont worden ist, eine der wichtigsten Aufgaben, vielleicht die wichtigste des eidgenössischen Gesetzgebers. Wenn uns die Natur Betriebskräfte zur Verfügung stellt, die sich so leicht an alle Bedürfnisse der Industrie anpassen wie die Elektrizität, und die sich auf unserem eigenen Boden gewinnen lassen, so sollte der Staat nichts versäumen, dieses wertvolle Gut ungeschmälert der Allgemeinheit zukommen zu lassen.“⁵⁰

Leider, so der Bundesrat, sei es für den Bund sehr schwer, dieses Ziel zu fördern: „Die Erteilung der Konzessionen und damit die Feststellung der Bedingungen im einzelnen Falle ist nach der Verfassung Sache der Kantone; die Kantone werden daher auch die Gebühren und Abgaben festsetzen, die das Wasserwerk zu zahlen hat. Der Bund ist zwar befugt, wie schon bemerkt, dieser Belastung Schranken zu setzen; aber er stösst dabei auf die grössten Schwierigkeiten. Der Entwurf hat es dennoch versucht, in einigen Bestimmungen der Verteuerung der aus Wasserkraft gewonnenen elektrischen Energie einigermassen zu steuern: Art. 39, Absatz 2, bestimmt, dass die dem Beliehenen auferlegten Leistungen das Wasserwerk nicht übermäßig belasten sollen; Art. 40 begrenzt die Höhe des Wasserzinses; sodann wird das bedingte Verbot der Ausfuhr von Wasserkraft oder daraus gewonnener Energie in der gewünschten Richtung wirken“.⁵¹

Es ging damals und geht heute aber nicht nur darum, einen möglichst alle Beteiligten befriedigenden Kompromiss und Ausgleich zwischen den finanziellen Interessen der wasserrechtsverleihenden Kantone und Gemeinwesen auf der einen Seite und dem Interesse der Allgemeinheit auf der anderen zu finden,⁵² sondern es musste auch mit den Dritten im Bunde, den Konzessionärinnen, eine diese befriedigende und zu Investitionen animierende Lösung gefunden werden:

„Nach Art. 39 (sc. des Entwurfs eines Wasserrechtsgesetzes) bestimmt grundsätzlich die verleihende Behörde nach Massgabe des kantonalen Rechtes die Leistungen des Beliehenen als Entgelt für das verlehene Recht. Der Entwurf fügt dem bei, dass diese Leistungen das Wasserwerk nicht übermäßig belasten sollen und dass die in der Konzession einmal bestimmten Leistungen nicht nachträglich vermehrt werden können. Der letztere Grundsatz⁵³ ist an und für sich selbstverständlich; spricht man ihn aber im eidgenössischen Gesetz aus, so geniesst er auch eidgenössischen Schutz. In analoger Weise, wie es das Bundesgesetz vom 25. Juni 1885, Art. 15, für die Versicherungsunternehmungen vorschreibt, versucht Art. 40, Abs. 3, des vorliegenden Entwurfes, die Umgehung

50 Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 675.

51 Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 675 f. Auch Mutzner, Verfügungsrecht, 24, hielt 1928, zehn Jahre nach Inkrafttreten des Wasserrechtsgesetzes, in diesem Sinne fest: „Dagegen sind die gesamtschweizerischen volkswirtschaftlichen Interessen gegenüber den rein *fiskalischen* Interessen des engeren Verbandes in der Weise geschützt, dass der für die Überlassung der Kraftausnutzung zu erhebende *Wasserzins* von Bundes wegen an eine Höchstschranke gebunden wurde, die vom Inhaber der Wasserhoheit nicht überschritten werden darf.“

52 So auch Egger X.

53 Zum durch die Konzession verliehenen „wohlerworbenen Recht“ vgl. später Ziff. 5.7.

jenes Grundsatzes durch Auferlegung besonderer Steuern zu verhindern. Die Gebühren, Wasserzinse und sonstigen Abgaben sollen, wie in Art. 40, Abs. 4, vorgeschrieben wird, für die nach andern Kantonen ausgeführte Energie nicht höher sein, als für die im Kanton selbst verwendete.

In Art. 40 wird vorgeschlagen, den Wasserzins auf drei Franken pro Bruttonferdekraft zu beschränken, mit angemessener Herabsetzung für Unternehmungen, die aus eigenen Mitteln eine für Jahresakkumulation geeignete Stauanlage schaffen und mit der weitern Einschränkung, dass während der für den Bau bewilligten Frist kein Wasserzins und während der ersten 6 Jahre nach Ablauf der Baufrist der Wasserzins nur im Verhältnis des Ausbaues des Werkes erhoben werden soll. Wie schon hervorgehoben, ist das Gesetzgebungsrecht dem Bunde übertragen worden, damit er die Gewinnung und Verwertung der Wasserkräfte fördere. Der Gesetzgeber hat daher die Aufgabe, der fiskalischen Belastung der Wasserwerke eine Grenze zu setzen. Das Maximum von Fr. 3 per Bruttonferdekraft entspricht ungefähr den jetzigen Ansätzen des Kantons Bern. Eine so wichtige Vorschrift schien uns in das Gesetz zu gehören und nicht bloss in eine Verordnung des Bundesrates, wie es die Expertenkommission vorgeschlagen hatte (Art. 53).⁵⁴

Zur Förderung der „Gewinnung und Verwertung der Wasserkräfte“ reicht es allerdings nicht zwingend aus, wenn bloss der Bundesgesetzgeber die Abgaben auf der Nutzung der Wasserkraft reduziert. Auch „die andere Seite“ müsste am gleichen Strick und in die gleiche Richtung ziehen: „Als Gegenstück dieser Bestimmung sollte allerdings Vorsorge getroffen werden, dass die Kraftwerke die elektrische Energie auch entsprechend billiger absetzen, mit andern Worten, dass sie nicht auf Kosten der Konsumenten übermässige Gewinne aus dem Gemeingut der Wasserkraft schlagen.“⁵⁵

Wie der Bundesrat weiter ausführte, war damals (u.a. von der Expertenkommission) sogar vorgeschlagen worden, einen beträchtlichen Teil des jährlichen Rein- gewinns aus der Stromproduktion zu einer allgemeinen Preisreduktion bzw. zu gunsten von öffentlichen Interessen zu verwenden, ein Anliegen, das der Bundesrat jedoch nicht weiter verfolgte, da man damit „die *allgemeine* Verbilligung der Strompreise nicht erreichen“ würde.⁵⁶

Ausdrücklich wies er die Kantone jedoch darauf hin, dass sie es in der Hand haben, dafür zu sorgen, dass die Preise nicht zu hoch würden: „Selbstverständlich können die Kantone Bestimmungen über die Bildung der Tarife und ihre Herabsetzung bei erhöhter Rendite in die Konzession aufnehmen (Art. 46, lit. d).“

Wenn die Kantone den Beliehenen verpflichten wollen, die auf ihrem Gebiete gewonnene Energie zu einem reduzierten Preise abzugeben, mögen sie es in der

54 Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 695.

55 Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 696.

56 Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 696 f.

Verleihung tun; eine allgemeine gesetzlich Verpflichtung darüber aufzustellen ist nicht notwendig; auf bestehende Verleihungen wäre die Bestimmung ohnehin nicht anwendbar.“⁵⁷

1945, als die erste Revision des Wasserrechtsgesetzes an die Hand genommen werden sollte, stand nach wie vor die *Förderung* der Nutzung der Wasserkraft im Vordergrund, wie die Behandlung des Postulates Klöti/Weck durch den Bundesrat zeigt. Darin war 1943 gefordert worden: „Der Bundesrat wird eingeladen, sobald als möglich darüber Bericht zu erstatten, ob nicht gewisse Massnahmen ergriffen werden könnten, um die Ausnützung der noch verfügbaren Wasserkräfte zu beschleunigen und den Bau oder die Erweiterung von Wasserkraftwerken zu erleichtern.“⁵⁸ Dass es primär um die Interessen der Allgemeinheit ging, zeigt sich unter anderem in der Frage von Ständerat Klöti: „Besteht Gewähr dafür, dass die Ausnützung der Wasserkräfte, deretwegen eine ansehnliche Zahl von Familien ihre Heimstätten verlassen müssen,⁵⁹ restlos in den Dienst des Volkes gestellt wird und nicht Objekt privatmonopolistischer Spekulation wird?“⁶⁰

Und im gleichen Bericht hielt der Bundesrat fest: „Die kantonalen Abgaben für die Verleihung von Wasserkräften sind im WRG maximal begrenzt. Bis heute haben sie kein Hindernis für den Ausbau der schweizerischen Wasserkräfte gebildet. Sie bilden auch keinen entscheidenden Kostenfaktor, wenn sie auch im einzelnen ganz respektable Höhen erreichen und für den Finanzhaushalt der betreffenden Kantone eine wichtige Rolle spielen.“⁶¹

1951 fasste der Bundesrat den Zweck der Begrenzung des Wasserzinses – gleich wie in seinen früheren Verlautbarungen – wie folgt zusammen: „Der Zweck, den die Bundesverfassung verfolgt, indem sie den Bund ermächtigt, die Wasserzinsen zu beschränken, geht aus dem Verfassungsartikel hervor: Wahrung des öffentlichen Wohles und Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte. Es ist somit Aufgabe des Bundes, darüber zu wachen, dass die Wasserzinsen nicht ein Hindernis für die Erschliessung der Wasserkräfte bilden können, die dem Lande erlaubt, sich selbst mit elektrischer Energie zu versorgen und sich auf diesem Gebiet vom Ausland unabhängig zu machen.“⁶²

Auch eine mögliche Erhöhung des Wasserzinsmaximums, erachte man sie nun als wünschbar oder nicht, dürfe mithin „keine nachteiligen Rückwirkungen auf

57 Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 697 f.

58 Bericht und Botschaft WRG 1945, BBI 1945 II 81.

59 Vgl. beispielsweise den NZZ-Format-Film „Dörfer unter Wasser“; www.nzzformat.ch/108+M586f1dcf222.0.html. Text des Filmes unter: www.nzzformat.ch/109+M54a98e1e8e3.0.html.

60 Bericht und Botschaft WRG 1945, BBI 1945 II 83.

61 Bericht und Botschaft WRG 1945, BBI 1945 II 119.

62 Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 567.

den Ausbau der noch verfügbaren Wasserkräfte haben“, wolle man nicht dem Hauptzweck des Gesetzes von 1916, d.h. der Förderung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte, entgegenwirken.⁶³

Zu diesem Zwecke wurden die sogenannten *Qualitätsstufen* eingeführt: „Durch Bundesgesetz vom 20. Juni 1952 wurde der vorerwähnte Artikel 49 in dem Sinne revidiert, dass der Wasserzinshöchstansatz nunmehr zehn Franken für die Bruttopferdekraft betrage, wobei aber der Bundesrat diesen Maximalansatz nach Massgabe der Dauer der nutzbaren Wassermengen zum Teil bis auf 6 Franken herabzusetzen habe. Im Gegensatz zur Regelung vor 1952 ist somit der Wasserzinshöchstansatz nicht mehr für alle Kraftwerke der gleiche, sondern hängt beim einzelnen Werk von der Qualität der darin nutzbaren Wasserkraft ab. Auf bestehende Wasserrechte durften die revidierten Bestimmungen ausserdem erst nach Ablauf einer Übergangszeit von 9 Jahren im vollen Umfang Anwendung finden.“⁶⁴

Hinsichtlich der im Jahre 1953 erfolgten Anpassung der Wasserzinsverordnung wies der Bundesrat zudem darauf hin, bei dieser Änderung sei – andersherum als heute diskutiert – unter anderen die folgende Richtlinie massgebend gewesen: „Die Erstellung von Speicherwerken ist zu begünstigen, und zwar dadurch, dass für sie ein relativ niedriger Wasserzinshöchstansatz zur Anwendung kommen soll.“⁶⁵

1967 fasste der Bundesrat den Zweck der Beschränkung des Wasserzinses einmal mehr im gleichen Sinne wie bis anhin zusammen: „Die Bundesverfassung enthält in Artikel 24^{bis} den Grundsatz, wonach die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten gehören (Abs. 5), doch sollen die Kantone bei der Festsetzung dieser Geldleistungen nicht vollständig frei, sondern an bundesgesetzlich zu ziehende Schranken gebunden sein (Abs. 6). Damit wollte der Verfassungsgeber den Zweck erreichen, die fiskalischen Interessen der Kantone mit der Förderung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte durch den Bund in Einklang zu bringen. Der Bundesgesetzgeber soll durch die Beschränkung der Gebühren und Abgaben die Verwertung des nationalen Gutes der Wasserkräfte fördern und ihr Hauptprodukt, die elektrische Energie, verbilligen; die Vorteile der Wasserkräfte sollten der Volkswirtschaft zugeführt werden und nicht durch die fiskalische Belastung der Wasserkraftwerke verloren gehen (so Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, III. Auflage, 175f. und 179).“⁶⁶

63 Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 571.

64 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1026 f.

65 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1027.

66 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1026. Burckhardt wies an jener Stelle, 179, ausdrücklich darauf hin, die bundesrechtlichen Schranken könnten ihren Zweck bloss erfüllen, wenn dafür gesorgt sei, „dass dem Konzessionär nicht andere, ebenso drückende Lasten auferlegt werden“.

Anschliessend wies er darauf hin, dass eine moderate Erhöhung des Wasserzinsmaximums mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben durchaus vereinbar sei: „Welche Folgerungen sind aus dieser Situation zu ziehen? Massgeblich für die Beurteilung sind ohne Zweifel die möglichen Rückwirkungen einerseits auf die Verkaufspreise der Energie, anderseits auf den Bau neuer Kraftwerke. Es hat nicht den Anschein, dass unter diesen beiden Gesichtspunkten eine in vernünftigen Grenzen gehaltene Wasserzinserhöhung schwerwiegende Folgen nach sich ziehen könnte. Die Jahreskosten der Wasserkraftwerke werden nämlich durch eine solche Anpassung des Wasserzinsmaximums in weit geringerem Masse beeinflusst als durch die Erhöhung der Kapitalkosten und das zeitweise starke Ansteigen der Baukosten. Sollten aber dennoch Erhöhungen der Energiegestehungspreise resultieren, so dürften diese in sehr bescheidenen Grenzen bleiben und sich nur langsam auswirken. Eine Revision der zur Zeit geltenden eidgenössischen Regelung dürfte sich auch auf den Bau neuer Kraftwerke kaum nachteilig auswirken. Das Bundesgesetz legt ja nur die zulässigen Höchstansätze fest. Innerhalb dieser Schranken bleibt es somit den Gemeinwesen, die über noch nicht ausgebauten Wasserkräfte verfügen, freigestellt, die Wasserzinsansätze für neue Kraftwerke so zu wählen, dass sie für die an der Nutzung Interessierten annehmbar sind.“⁶⁷

1975 markiert eine gewisse Gewichtsverschiebung: Die Förderung der Nutzung der Wasserkraft stiess allmählich an ihre natürlichen Grenzen: „Die Verfassung schreibt auch vor, dass die Gebühren und Abgaben nur innert der durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Schranken festgesetzt werden dürfen. Diese verfassungsmässige Ordnung bezweckte“ – man beachte die Vergangenheitsform –, „die Verwertung der Wasserkräfte zu fördern und die aus der Wasserkraft gewonnene elektrische Energie zu verbilligen. Es darf festgestellt werden dass dieses Ziel erreicht worden ist. Heute werden praktisch alle ausbauwürdigen Wasserkräfte in den Dienst der Energieversorgung unseres Landes gestellt. Die Belastung der Wasserkraftwerke mit Gebühren und Abgaben übt einen untergeordneten Einfluss auf die Konsumentenpreise der elektrischen Energie aus.“⁶⁸

Ist das Verfassungsinteresse der Förderung der Nutzung der Wasserkraft aber weithin erfüllt, so kommt dem dazu verwandten Mittel, der Begrenzung der Wasserzinsen, weniger Gewicht zu als früher. Damit ist nicht gesagt, die Höhe des Wasserzinses sei unbedeutend und somit unbeachtlich geworden, sondern nur, dass das Argument, ein hoher oder höherer Preis laufe dem Verfassungsinteresse zwingend entgegen,⁶⁹ künftig nach höherem Begründungsaufwand verlangt.

67 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1030.

68 Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2139.

69 Im Entscheid KW Oberhasli umriss das Bundesgericht den Zweck des Wasserzinsmaximums: „Gemäss Art. 49 Abs. 1 WRG (in der Fassung vom 13. Dezember 1996, in Kraft seit 1. Mai 1997) darf der Wasserzins jährlich 80 Franken pro Kilowatt Bruttolleistung nicht übersteigen. Es handelt sich dabei um ein Wasserzinsmaximum, um eine Leistungsgrenze des Konzessionärs, welche von den Kantonen und Gemeinden als den Inhabern der Gewässerhoheit nicht überschritten werden darf; die Festsetzung eines

Anders herum: höheren Preisen für das Zurverfügungstellen der Ressource „Wasserkraft“ steht aus rechtlicher Sicht heute weniger entgegen als früher. Dies um so weniger, als andere Verfassungsinteressen im Umfeld der Sache „Wasser“ bzw. „Energie“ durchaus eine Erhöhung der Strompreise begünstigen können. Zu denken ist insbesondere an den Schutz der Umwelt bzw. der Landschaft oder an den sparsamen und rationellen Energieverbrauch.⁷⁰

Im Jahre 1995 wurde in der Botschaft zur Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes denn auch nicht einer unüberlegten „Liberalisierung“ das Wort geredet, aber immerhin festgehalten, dass die Bestimmung des Wasserzinsmaximums im Verlauf der Jahre nicht einfacher geworden sei: „Der Zweck des Wasserzinsmaximums wurde von Anfang an darin gesehen, einen Ausgleich zwischen der Förderung der Nutzung der einheimischen Wasserkräfte sowie der preisgünstigen Elektrizitätserzeugung und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen zu schaffen.“

Die Einführung und Entwicklung des Wasserzinsmaximums zeigt, dass bei sämtlichen Änderungen der Wasserzinse jeweils um eine politisch ausgewogene Kompromisslösung gerungen werden musste.⁷¹ (...)

Die politischen Akzente haben sich zwar mit der insgesamt zunehmenden Belastung des Lebensraumes verschoben. Der Schutz von Landschaft und Umwelt wird heute der energiewirtschaftlichen Bedeutung der Wasserkraft als gleichwertig gegenübergestellt. Grundsätzlich ist der Wasserzins eine Ausgleichsgröße geblieben.⁷² Die Interessenabwägung gestaltet sich aber wegen der Zunahme der zu berücksichtigenden Faktoren schwieriger.⁷³

Maximums dient dem Bestreben, die Ausnutzung der Wasserkraft nicht zu verhindern oder übermäßig zu erschweren“; BGE 126 II 171, E. 3a; KW Oberhasli. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 32, Rz. 55; m.w.H.; Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 35 ff.

⁷⁰ Vgl. die Art. 74, 78 sowie 89 BV.

⁷¹ Nationalrat Fischer führte aus: „.... wir sollten eine ausgewogene Lösung suchen. (...) ... müssen wir nach einer ausgewogenen Kompromisslösung suchen“; Amtl. Bull. NR 1996 1070. Banfi et al. monieren allerdings bereits in ihrem Vorwort genau diese „politische Natur“ des Wasserzinses: „Aus Sicht der Autoren fehlt dem heutigen Preis der Nutzung dieser Ressource, dem Wasserzins, weitgehend eine ökonomische Grundlage. Die Festlegung des Wasserzinsmaximums erfolgt primär aufgrund politischer Überlegungen, resp. die jeweiligen Erhöhungen erfolgten aufgrund gesamtwirtschaftlicher Überlegungen“, vgl. auch ebenda xiii ff. Angesichts der aktuellen Finanzkrise des Herbstes 2008 darf immerhin gefragt werden, ob dies grundsätzlich so falsch sei.

⁷² „Bei den Kausalabgaben fallen neben den Tarifen naturgemäß vor allem die *Konzessionsabgaben* ins Gewicht. Von Bedeutung ist dabei in erster Linie der Wasserzins. Er wird von den Kantonen innerhalb der bundesrechtlichen Höchstgrenze festgelegt. Diese dient indessen nicht in erster Linie energiepolitischen Zielen im Sinne der Preisbegrenzung für die Hydroelektrizität als erneuerbarer Energie und der Wahrung ihrer Konkurrenzfähigkeit gegenüber fossilen Energien. Vielmehr grenzt der Höchstbetrag die Interessen der Berggebiete als den wichtigsten Herkunftsgebieten dieser Ressource

Im Bundesgerichtsentscheid KW Oberhasli findet sich eine Passage, die die Richtung angibt, in welcher die nach wie vor nötigen Kompromisslösungen gefunden werden können. Die Kraftwerksgesellschaft war nicht länger bereit, im Gleichschritt mit den Erhöhungen des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums ihrerseits höhere Wasserzinsen zu bezahlen: „Die Beschwerdeführerin versucht in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nicht einmal darzutun, weshalb sie diese massive Erhöhung (sc. des Wasserzinses) ab 1986 akzeptiert hat, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein. Eine Rolle mag gespielt haben, dass bei der politischen Aushandlung des Bundesmaximums (von der Teuerungsentwicklung abgekoppelte) Werte bestimmt worden sind, die von den interessierten Kreisen insgesamt noch als tragbar und den Verhältnissen angepasst empfunden wurden, so dass auch Nutzniesser älterer Konzessionen eine Erhöhung des Wasserzinses über das in der Konzession selber Vorgesehene hinaus als angemessen und im Rahmen des Konzessionsverhältnisses insgesamt als gerechtfertigt erachteten.“⁷⁴

Diese vom Bundesgericht hervorgehobenen Kriterien zur Bestimmung der Höhe des Wasserzinses – politisch ausgehandelte und von der Teuerungsentwicklung abgekoppelte Werte, die von den Beteiligten als noch tragbar und den Verhältnissen angepasst empfunden wurden, so dass selbst Nutzniesser älterer Konzessionen eine entsprechende Erhöhung als gerechtfertigt erachteten – wurden, wie Wyer hervorhebt, vom Vertreter des Bundesrates und vom Berichterstatter der Kommission im Ständerat anlässlich der Erhöhung des Wasserzinses von 1996 vorgetragen.⁷⁵

5.4 Zur Höhe des Wasserzinses

Die Verfassung schreibt zwar vor, *dass* der Bundesgesetzgeber den (kantonalen) Abgaben auf der Wasserkraftnutzung „Schranken“ setzen muss, sie legt jedoch nicht fest, *wie* dies zu tun wäre – und dies in einem doppelten Sinne: weder bestimmt die Verfassung die Art und Weise der Beschränkung, noch schreibt sie, für den Fall, dass, wie 1916 geschehen, das Modell „zahlenmässig bestimmtes Wasserzinsmaximum“ gewählt wird, zwingend vor, *wie hoch* dieses Maximum sein muss oder sein darf.

Das „richtige“ Maximum zu finden, das ist bis anhin Aufgabe des Bundesgesetzgebers gewesen. Wie er „genau“ zu diesem Maximum kommt bzw. in den letzten Jahrzehnten gekommen ist, das lässt sich nicht wirklich auf den Punkt bringen. Worauf man immerhin regelmässig stösst, wenn es um die Frage nach der Be-

gegen jene der Zentren mit dem grossen Verbrauch ab“; Jagmetti, Energierecht, 1001 f., Rz. 9320; m.w.H.

⁷³ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998.

⁷⁴ BGE 126 II 171, E. 4c cc; KW Oberhasli.

⁷⁵ Wyer, Abgaben, 35, Rz. 58; vgl. auch ebenda 178 f., Rz. 210. Vgl. z.B. das Votum von Ständerat Frick, Amtl. Bull. SR 1996 72.

stimmung des Wasserzinsmaximums geht, das sind Bekräftigungen, dass dies keine einfache Aufgabe sei und dass es dafür auch keine einfache Formel gebe: „Das Ausmass der Erhöhung des Wasserzinses lässt sich nicht aus irgendwelchen Grössen ableiten.“⁷⁶ Oder: „Es ist festzuhalten, dass es keine Methode gibt, um den richtigen Wasserzins zu beweisen, sondern es ist eine Frage des Ermessens“⁷⁷ bzw. „Welches der richtige Wasserzins ist, lässt sich ohnehin nicht berechnen“.⁷⁸

In seiner Botschaft zur letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes hielt der Bundesrat in diesem Sinne denn auch fest, der Wasserzins sei grundsätzlich „eine Ausgleichsgrösse“, seine Bestimmung verlange nach einer *Interessenabwägung*, die sich aber wegen der Zunahme der zu berücksichtigenden Faktoren schwieriger gestaltet als früher.⁷⁹

Und in der Beratung führte Bundesrat Leuenberger 1996 dementsprechend aus: „Nun gestehe ich Ihnen ehrlich: Es gibt keine wissenschaftliche Begründung für diese 70 Franken (sc. pro Bruttokilowatt, die der Bundesrat als neues Maximum vorgeschlagen hatte). Es gibt auch keine für die 80 Franken und keine für die 60 Franken, sondern es geht um den Kompromiss, den wir als angemessen betrachten – um einen Kompromiss, der sowohl für die Gebirgskantone als auch für die Wirtschaft zumutbar ist. Der Bundesrat bleibt bei diesen 70 Franken und ersucht Sie, seinem Entwurf zuzustimmen.“⁸⁰

Eine Richtschnur findet der erwähnte Kompromiss also unter anderem im Umstand, dass der Gesetzgeber *auch* die Interessen der Kraftwerkbetreiber, der Konzessionärinnen berücksichtigen muss, obwohl diese nicht direkt am „Verhandlungstisch“ sitzen und sie das bundesrechtliche Maximum nicht selbst (mit)bestimmen können. Der Berichterstatter, Ständerat Plattner, wies demgemäß darauf hin, obwohl die Höhe des Wasserzinsmaximums eine Frage des Ermessens sei, könne dies „aber natürlich nicht heissen, dass man den Wasserzins einfach beliebig erhöhen kann“.⁸¹

Wie bei der Diskussion des Zweckes eines Wasserzinsmaximums bereits ausgeführt, muss dieses an den Verfassungsinteressen ausgerichtet sein, wie sie in Art. 76 BV selbst, aber auch in thematisch benachbarten oder verwandten Verfassungsbestimmungen wie Art. 73 ff. oder 89 BV festgeschrieben sind.

Da der „Förderung der Wasserkraftnutzung“ mittels „günstigem Zurverfügungstellen der Wasserkräfte“ heute, wo ein Grossteil dieser Ressource genutzt wird, weniger Gewicht zukommt, als dies vor bald hundert Jahren, beim Erlass des

76 Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1448.

77 Diese Einschätzung fand auch im Zweitrat Zustimmung, wo Nationalrat Fischer festhielt: „Wie die ausgewogene Lösung aussehen muss, ist eine Ermessensfrage“; Amtl. Bull. NR 1996 1070.

78 Votum Ständerat Plattner, Berichterstatter; Amtl. Bull. SR 1996 100 bzw. 103.

79 Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998.

80 Amtl. Bull. NR 1996 1089.

81 Amtl. Bull. SR 1996 100.

Wasserrechtsgesetzes, der Fall war, erhalten die anderen relevanten „zu berücksichtigenden Faktoren“ zusätzliches Gewicht – ohne dass der Preis für die Ressource jegliche Bedeutung verloren hätte.

5.41 Die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ des Wasserzins(-Maximums)

Dem Preis kommt im Rahmen der *Zumutbarkeit* bzw. der *wirtschaftlichen Tragbarkeit* der Abgabe nach wie vor eine wichtige Bedeutung zu. Im oben wiedergegebenen Votum verweist Bundesrat Leuenberger auf die *Zumutbarkeit* des Wasserzinses für die Wirtschaft, insbesondere natürlich direkt für die Konzessionäre. Damit verweist er auf ein Interesse und auch eine Schranke, die bei der Bestimmung des Wasserzinses bzw. des Wasserzinsmaximums zu beachten ist: die Tragbarkeit oder Zumutbarkeit des Wasserzinses.

Zwar kann der Bundesgesetzgeber das Maximum grundsätzlich setzen, wie und wo ihm beliebt, sind doch gemäss Art. 191 BV Bundesgesetze für das Bundesgericht maßgebend. Allerdings käme er bei solcher Beliebigkeit seiner Verpflichtung durch die Verfassung nicht nach – und die Beratungen der Revisionen des Wasserzinsmaximums zeigen, dass der Gesetzgeber durchaus bemüht war, einen Höchstsatz zu bestimmen, der mit den von der Verfassung vorgegebenen Zielen in Einklang steht. Das wird auch vom Bundesgericht anerkannt, wenn es im Entscheid KW Oberhasli festhält, dass der vom Bundesgesetzgeber bestimmte Höchstsatz für die Konzessionäre *als tragbar zu gelten habe* bzw. von diesen selbst (in der Regel) als tragbar betrachtet werde.⁸²

Das ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung: der vom Bundesgesetzgeber „politisch“ ausgehandelte Höchstsatz gilt als grundsätzlich zumutbar bzw. wirtschaftlich tragbar. Diese Einschätzung würde für Höchstsätze, die nach einer Abschaffung eines bundesrechtlichen Maximums im Rahmen einer „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ (mittels Verfassungsänderung) in den einzelnen Kantonen festgesetzt würden, nicht länger gelten. Der Streit um die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ oder die „Zumutbarkeit“ eines kantonalen Wasserzinses wäre wohl gleichsam vorprogrammiert.

Das Bundesgericht bekräftigt mit seiner Einschätzung die „politische“ Natur des Wasserzinses, seinen Ausgleichs- oder Kompromisscharakter. Muss der Bundesgesetzgeber den Preis für die Ressource „Wasserkraft“ primär „politisch“ bestimmen, verlangt dies, wie bereits ausgeführt, nach Berücksichtigung der relevanten Interessen oder „Faktoren“. Dabei ist die Teuerung, die regelmässig Anstoss zu Erhöhungen des Maximums gab, nur einer der zu beachtenden Gesichtspunkte. Andere finden sich in Art. 76 BV bzw. im Insgesamt der Verfassung. Und einer dieser Gesichtspunkte, zudem ein bedeutender, ist eben die

82 BGE 126 II 171, E. 4c cc; KW Oberhasli.

Zumutbarkeit, die wirtschaftliche Tragbarkeit.⁸³ Ein Preis für die Nutzung der Wasserkraft, der für die Konzessionäre nicht mehr zumutbar wäre, würde den verfassungsmässigen Vorgaben zuwiderlaufen – insbesondere beispielsweise der „Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung“ gemäss Art. 76 Abs. 2 BV.

Wenn daher – wie in den Beratungen des Ständerates anlässlich der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes – ausgeführt wird, es gehe „heute nicht darum, den Wasserzins der Teuerung anzupassen, sondern ... darum, das Wasserzinsmaximum aufgrund des effektiven Wertes der Wasserkraft neu festzulegen“,⁸⁴ dann darf der Aspekt der Zumutbarkeit nicht ausser Acht gelassen werden. Es ist eines, die Diskussion über das Wasserzinsmaximum von der einseitigen Koppelung an die Teuerung lösen zu wollen, aber doch etwas ziemlich anderes, „das Wasserzinsmaximum aufgrund des effektiven Wertes der Wasserkraft“ neu festlegen zu wollen. Wenn damit primär gemeint ist, das Wasserzinsmaximum lasse sich (erheblich) erhöhen, ohne dass dies negative Auswirkungen auf die Wirtschaft habe, denn „auf dem freien Markt“ lasse sich mit elektrischem Strom zurzeit sehr gutes Geld verdienen, wovon die Berggebiete, welche die Wasserkraft zur Verfügung stellten, ebenfalls und stärker als bisher profitieren sollten, dann ist diese Forderung auf den ersten Blick nachvollziehbar. Problematisch könnte sie dann werden, wenn unter Hinweis auf einen „effektiven Wert“ der Wasserzins derart heftig angehoben würde, dass er für die Konzessionäre nicht mehr zumutbar wäre bzw. dass dadurch die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 76 BV verfehlt werden könnten. Der „politisch“ zu bestimmende Preis für die Nutzung der Wasserkraft, ist kein Preis, der sich bloss an einem (vermeintlich) „effektiven“ Marktwert für das Produkt „Elektrizität“ orientieren darf. Der Preis ist so auszustalten, dass zugleich die anderen relevanten Verfassungszielen berücksichtigt werden.⁸⁵

⁸³ „In dem die Engadiner Kraftwerke betreffenden Teilurteil vom 16. September 1987 (ZBI 89/1988 S. 274) hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt und festgestellt, dass auch im Fall eines nicht nur formelhaft angebrachten Vorbehalts künftigen Rechts, sondern auch bei Anwendung einer gezielten, der Hygiene und dem Landschaftsschutz dienenden Bestimmung keine so weitgehenden Anordnungen getroffen werden dürfen, dass die Nutzung der Wasserkraft zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verunmöglicht wird (E. 5c des Teillurteils, ZBI 89/ 1988 S. 277)“; BGE 119 Ib 254, E. 5a, auch abgedruckt in URP 1993, 403 ff., hier 412 f.

⁸⁴ Amtl. Bull. SR 1996 93, Votum Ständerat

⁸⁵ „Interessant sind zudem die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit. «Wirtschaftlich zumutbar ist allenfalls nicht nur der Teuerungsausgleich. Vielmehr können z.B. gewandelte Anschauungen zum gesellschaftlichen ‚Wert‘ des Landschaftsverbrauchs und der Umweltveränderungen, welche Wasserkraftwerke mit sich bringen, zu einer Erhöhung des Wasserzinses führen.» Im Rahmen des erwähnten Verfahrens hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass hinsichtlich des Wasserzinses die gesetzgebende Behörde (das Bundesparlament) mit der Neufestlegung des Wasserzinsmaximums die Obergrenze des Zumutbaren in allgemeiner Weise festgelegt habe. Daraus folge, dass die Erhöhung jedenfalls als wirtschaftlich tragbar zu betrachten sei. Schliesslich wurde festgehalten, dass die wirtschaftliche Zumutbarkeit bei einem Betrieb, der (noch) nicht dem Markt ausgesetzt ist, sondern seine Aufwendungen ohne erheblichen Konkurrenzdruck mittels Gebühren zumindest indirekt auf

5.42 Berechnung des Wasserzinses

Wenn es gemäss der Bundesverfassung dem Bunde zukommt, den Höchstsatz des von den Kantonen bzw. ihren Gebietskörperschaften zu erhebenden Wasserzinses festzulegen, dann muss auch der Bund bestimmen können, wie dieser berechnet wird. Relevant ist mithin Art. 51 WRG, der die massgebende Bruttokraft als Produkt von nutzbarem Gefälle und nutzbaren Wassermengen versteht,⁸⁶ die genaueren Details jedoch dem Bundesrat überantwortet. In seiner Wasserzinsverordnung heisst es in Art. 23 Abs. 1: „Vom 1. Januar 1918 an hat die Berechnung des Wasserzinses für die seit dem 25. Oktober 1908 begründeten Wasserrechte nach den Bestimmungen dieser Verordnung zu erfolgen.“

Während früher unterschiedlichste kantonale Bemessungsarten anzutreffen waren, die solange nicht mit den bundesrechtlichen Vorgaben in Konflikt gerieten, als der durch sie festgesetzte Wasserzins pro Leistungseinheit das nach eidgenössischen Vorschriften berechnete Maximum nicht überschritt,⁸⁷ sind heute gemäss Wyer alle Kantone zur bundesrechtlichen Art der Bemessung übergegangen.⁸⁸

Die durch die Verfassung erteilte Zuständigkeit des Bundes, den Wasserzins zu bestimmen, ist in einem doppelten Sinne zu verstehen: zum einen bestimmt der Bund die „Schranken“ der Abgabe „Wasserzins“, dessen Maximum, zum anderen bestimmt er durch die Festlegung der Berechnungsart zugleich, „welche Art und Weise der Nutzung“ wasserzinspflichtig ist und wie hoch dieser Wasserzins in concreto ist. Das ist im Hinblick auf einen eventuellen Speicherzuschlag zu beachten.

die KonsumentInnen abwälzen könne, anders zu beurteilen ist als bei einem Betrieb, der in einem Konkurrenzverhältnis zu andern AnbieterInnen steht, welche bei wesentlich niedrigerem Wasserzins eine bessere Ausgangslage haben“; Blunschy, wohlerworbene Wasserkraftrechte, 771.

⁸⁶ Mutzner, Verfügungsrecht, 22: „Nach dem Bau (sc. eines Wasserkraftwerkes) ist im Umfang der erstellten Anlage auch die Möglichkeit der Herrschaft über diese Naturkraft hergestellt, d.h. soweit der Berechtigte durch die Anlage die Wassermenge aufnehmen und das Gefälle ausnutzen kann (die Wasserkraft ist das Produkt von Wassermenge und Gefälle)“; vgl. auch ebenda, 25. Zu „Gefälle“ und „Wassermenge“ auch Egger 55 ff.

⁸⁷ „Endlich sei bemerkt, dass Art. 42 nur dazu dient, in Verbindung mit Art. 40 das Maximum des zulässigen Wasserzinses zu bestimmen, und den Kantonen nicht verbietet, den Wasserzins nach einer andern Formel, die sie in Gebrauch haben mögen, zu berechnen, sofern nur das Ergebnis für den Beliehenen nicht drückender ist“; Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 696.

⁸⁸ Wyer, Abgaben, 65, Rz. 87. Sigg/Röthlisberger 11.

5.5 Die Gewässerhoheit

Mit grosser Regelmässigkeit weist der Bundesrat in seinen Botschaften zu Revisionen des Wasserrechtsgesetzes darauf hin, „dass die Bundesgesetzgebung den Kantonen bezüglich der von den Konzessionären von Wasserkräften geschuldeten Abgaben wohl Schranken festsetzen kann, dass aber diese Abgaben den Kantonen oder anderen, nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten gehören und dass diese Vorschrift auch gilt für die vom Bund erteilten Konzessionen“.⁸⁹

Grund dafür ist, dass die sogenannte Gewässerhoheit nach der Verfassung nicht dem Bund, sondern den Kantonen zusteht: „Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone“, heisst es in Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV.⁹⁰ Dementsprechend entscheiden diese über die Zuordnung der Wasservorkommen zu den öffentlichen oder den privaten Gewässern. „Massgebend ist in der Regel das Eigentum: kann an einem Gewässer nicht Privateigentum nachgewiesen werden, handelt es sich um ein dem Verfügungsrecht des Gemeinwesens unterstehendes, also um ein öffentliches Gewässer. Nach diesem Kriterium richtet sich auch der Geltungsbereich des Wasserrechtsgesetzes des Bundes.“⁹¹ So bestimmt Art. 1 Abs. 2 WRG:

„Als öffentliche Gewässer im Sinne dieses Gesetzes gelten die Seen, Flüsse, Bäche und Kanäle, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen ist und die Gewässer, die zwar im Privateigentum stehen, aber von den Kantonen in Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden.“

Wenn öffentliche Gewässer *im Verfügungsrecht* des Gemeinwesens stehen, so unterstehen sie seiner *Sachherrschaft*. Diese ist jedoch nicht gleichzusetzen mit dem privatrechtlichen Eigentum,⁹² sondern im Sinne der konkreten Befugnis – als eine von verschiedenen im Vergleich etwa zur Allmacht des Eigentümers – über die *Nutzung der Wasserkraft* zu bestimmen.⁹³

Die *Gewässerhoheit als Verfügungsrecht* über die Wasservorkommen schliesst allerdings bundesrechtliche Vorschriften über die Nutzung und den Schutz der Gewässer und namentlich der Energiegewinnung und ihre Grenzen nicht aus,

⁸⁹ Botschaft WRG 1951; BBI 1951 III 567.

⁹⁰ Dabei handelt es sich nicht um eine Kompetenzzuweisung, sondern um eine Klarstellung, dass die (öffentlicht-rechtliche) Sachherrschaft über die Wasservorkommen, also die Gewässerhoheit, nicht mit der Gesetzgebungskompetenz an den Bund übergegangen ist; Marti 1375, Rz. 22; m.w.H. Ebenso Mahon 616, Rz. 15; Biaggini 433, Rz. 7.

⁹¹ Jagmetti, Energierecht, 403, Rz. 4106; m.w.H.; derselbe, Kommentar zu Art. 24 aBV, 10, Rz. 15; 13, Rz. 22 und Kommentar zu Art. 24^{bis} aBV, 41, Rz. 58. Vgl. auch Mutzner, Verfügungsrecht, 17.

⁹² „Für die *Stauhaltung* müssen die Wasserkraftwerkbetreiber in der Regel das Eigentum an den zu überflutenden Liegenschaften erwerben, wozu ihnen das Enteignungsrecht eingeräumt werden kann“; Jagmetti, Energierecht, 405, Rz. 4110; m.w.H.

⁹³ Jagmetti, Energierecht, 403, Rz. 4107; m.w.H. Leimbacher/Perler, Screening, 262.

denn die entsprechenden Gesetze übertragen dem Bund selbst kein Verfügungsrecht, sondern legen fest, in welchem Rahmen es aufgeübt werden kann.⁹⁴

5.51 Sondernutzung

Die meisten und, wie Jagmetti hervorhebt, dabei alle bedeutenden Gewässer unterstehen der Sachherrschaft des Gemeinwesens, also seiner Gewässerhoheit. Sie sind damit öffentliche Gewässer und bilden öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Ihre Nutzung richtet sich nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechts und nach den von der Praxis entwickelten Grundsätzen,⁹⁵ wobei nach dem *Mass der Nutzung* folgende Kategorien zu bilden sind:

- „*Gewöhnlicher Gemeingebrauch* (neuerdings auch schlichter Gemeingebrauch) ist jene Nutzungsart, die dem Zweck der Sache entspricht und die gleichartige Mitbenutzung durch andere nicht wesentlich erschwert. Er ist ohne Bewilligung (...) und – grundsätzlich – ohne Gebühr statthaft. (...)
- *Gesteigerter Gemeingebrauch* liegt vor, wenn die Verwendung über die Zweckbestimmung der Sache hinausgeht oder die Mitbenutzung durch andere erschwert.⁹⁶
- *Sondernutzung* ist der Gebrauch, der ausschliesslichen Charakter hat.⁹⁷ Die Abgrenzung erfolgt durch das kantonale Recht.“ (...) Die Sondernutzung „kann von einer Konzession abhängig gemacht werden, auf die kein Anspruch besteht. Ist sie verliehen, steht dem Konzessionär für die Konzessionsdauer ein wohlerworbenes Recht zu, das von der Eigentumsgarantie geschützt wird und «gesetzesbeständig»⁹⁸ ist, also auch bei Änderung der Rechtslage weiter besteht.“⁹⁹

Ein Blick auf die drei Kategorien zeigt, dass es sich bei der Nutzung der Wasserkraft um die letzte handeln muss, eine *Sondernutzung*, denn bei dieser Art der Nutzung wird eine öffentliche Sache für besondere Zwecke in Anspruch genommen, die weder im allgemeinen noch im gesteigerten Gemeingebrauch enthalten

⁹⁴ Jagmetti, Energierrecht, 406, Rz. 4111; m.w.H.

⁹⁵ Jagmetti, Energierrecht, 402, Rz. 4105.

⁹⁶ Vgl. BGE 126 I 133, E. 4c.

⁹⁷ Mutzner, Verfügungsrecht, 21, Anm. 2.

⁹⁸ Leicht andere Einschätzung bei Riva, wohlerworbene Rechte, 91, wo es heisst: „Eine grundsätzliche Gesetzesfestigkeit muss für die wohlerworbenen Rechte deshalb abgelehnt werden.“

⁹⁹ Jagmetti, Energierrecht, 228 f., Rz. 2407; m.w.H. Vgl. auch derselbe, Kommentar zu Art. 24. aBV, 17, Rz. 29 ff.

sind.¹⁰⁰ Gleichsam von der anderen Seite her gesehen, qualifiziert der Umstand, dass die Nutzung der Wasserkraft durch das Bundesrecht konzessionspflichtig erklärt wird, diese damit als Sondernutzung. Und eine Konsequenz dieser Qualifikation ist, *dass das Gemeinwesen hiefür Abgaben verlangen kann.*¹⁰¹

5.52 Abgabe für Sondernutzung

Das Recht, für die Wassernutzung Abgaben zu erheben, steht den Trägern der Gewässerhoheit, also den Kantonen bzw. den nach der kantonalen Gesetzgebung berechtigten Gemeinwesen, zu. Und wie gezeigt wurde, können die Kantone die Abgaben in den Schranken der Bundesgesetzgebung festsetzen. Sie können tiefer, aber nicht über das bundesrechtliche Maximum hinaus gehen.¹⁰²

Und wie bereits erwähnt: „In allen Fällen gehören ... die Abgaben für die Nutzung der Wasserkräfte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten.“¹⁰³

5.6 Rechtsnatur des Wasserzinses

5.61 Erfordernis einer Konzession zur Nutzung der Wasserkraft

Es liegt im Rahmen einer stark am Eigentum orientierten Rechtsordnung wie der schweizerischen¹⁰⁴ auf der Hand, dass nicht irgend jemand nach seinem Belieben die Wasserkraft eines konkreten Gewässers nutzen kann. Vielmehr steht das Recht der Nutzung – insbesondere das der Nutzung über den Gemeingebräuch hinaus – nur dem Eigentümer oder Regalinhaber selbst zu. Er braucht dieses Recht aber nicht in Eigenregie auszuüben, sondern kann es auf Dritte übertragen.

Dass die Einräumung einer Sondernutzung nicht ohne eine Gegenleistung des Begünstigten erfolgt, scheint angemessen. Immerhin begibt sich der Staat durch

¹⁰⁰ So führte Mutzner, Berechnung, 4, beispielsweise aus: „Auch wenn das Wasser im ursprünglichen öffentlichen Flusslauf nutzbar gemacht wird, ist es anderer Nutzung entzogen. Grundsatz ist, dass *alles, was für andere Nutzbarmachung nicht mehr in Frage kommt, wasserzinspflichtig ist.*“

¹⁰¹ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2139. Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1443. Jagmetti, Energierecht, 230, Rz. 2410; m.w.H. Bericht Kommission Righetti 4: „Bei der Nutzbarmachung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers wird eine öffentliche Sache für individuelle Zwecke in Anspruch genommen, die weder im allgemeinen noch im gesteigerten Gemeingebräuch enthalten ist. Diese Sondernutzung muss vom Träger des Hoheitsrechtes verliehen werden. Er kann hiefür Abgaben verlangen.“

¹⁰² Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997.

¹⁰³ Botschaft WRG 1984; BBI 1984 III 1443 f.

¹⁰⁴ Leimbacher/Perler, Eigentumsbegriff, 72 ff.

die Begründung eines Wassernutzungsrecht der Möglichkeit, während eines bestimmten Zeitraumes über eine Wasserkraft selbst zu verfügen, wogegen er andererseits dem Konzessionär einen entsprechenden Vorteil verschafft, *den andere nicht geniessen*. Mit Rücksicht hierauf und im Hinblick auf die anderen, die von der Nutzung nicht direkt profitieren, darf das verfügberechtigte Gemeinwesen die Ausbeutung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers nicht ohne Entgelt auf eine Privatperson übertragen. Es erscheint nichts anderes als normal, dass, wer die Wasserkraft nützen will, dafür ein Entgelt zu bezahlen hat.¹⁰⁵ Dieses Entgelt ist heute vor allem der Wasserzins,¹⁰⁶ den Egger schon 1923 wie folgt definierte:

„Der Wasserzins ist eine *konzessionsmässige Verpflichtung*, d.h. eine Verbindlichkeit, die dadurch entsteht, daß der Konzessionsbewerber die vom verliehenen Gemeinwesen gestellten Konzessionsbedingungen annimmt. Die Konzessionsurkunde ist der begründende Akt. Die Pflicht entsteht also nicht ex lege oder gegen den Willen des Belasteten, sondern immer mit seiner Zustimmung. Allgemein wird diese Abgabe heute als *Entgelt für die Ausnutzung der Wasserkraft einer bestimmten Gewässerstrecke betrachtet*.“¹⁰⁷

Mit der Konzession soll aber der Konzessionär nicht einseitig bloss gebunden und verpflichtet werden, vielmehr wird ihm eine besonders geschützte Position eingeräumt: „Dabei soll dem Beliehenen in der Form eines Verleihungs-(Hoheits)-aktes doch eine möglichst gesicherte Rechtsstellung eingeräumt werden, um ihn damit zu nutzbringenden Unternehmungen anzuspornen.“¹⁰⁸

Nach Art. 3 Abs. 1 WRG kann das „verfügberechtigte Gemeinwesen ... die Wasserkraft selbst nutzbar machen oder das Recht zur Benutzung andern verleihen.“ Mit „verleihen“ ist grundsätzlich eine *Konzession* gemeint¹⁰⁹, was durch den Absatz 2 erhellt wird, wo es heißt: „Einem Gemeinwesen kann das Nutzungsrecht auch in anderer Form als der Konzession eingeräumt werden.“¹¹⁰

¹⁰⁵ Egger 11.

¹⁰⁶ Wyer, Abgaben, 16 f., Rz. 36.

¹⁰⁷ Egger 14. Vgl. dazu auch Wyer, Abgaben, 18, Rz. 38. Wenn auch klar wird, was mit der Bezeichnung des Wasserzinses als Verpflichtung oder Verbindlichkeit gemeint ist, so ist die gewählte Formulierung vielleicht nicht ganz glücklich. Die Pflicht besteht nicht im Wasserzins, sondern darin, einen Wasserzins zu bezahlen.

¹⁰⁸ Mutzner, Geltungsbereich, 115. Zum durch die Verleihung verschafften „wohlerworbenen Recht“ vgl. Ziff. 5.7.

¹⁰⁹ So 1928 schon Mutzner, Verfügungsrecht, 19: „..., da nach der heutigen Gesetzgebung Rechte auf Ausnutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers nur auf dem Wege der Verleihung erworben werden können.“

¹¹⁰ „Angemerkt sei, dass auch Wasserkraftnutzungen, die in einer anderen Form als der Konzession zugelassen wurden, der Wasserzinspflicht unterliegen. Diese Möglichkeit ist jedoch nur dann gegeben, wenn das verfügberechtigte Gemeinwesen das Nutzungsrecht einem anderen Gemeinwesen überträgt (Art. 3 Abs. 2 WRG), und daher in der Praxis von geringer Bedeutung“; Sigg/Röthlisberger 11.

5.62 Der Wasserzins als Kausalabgabe

Der Wasserzins ist somit *eine öffentliche Abgabe für das mit der Konzession eingeräumte Sondernutzungsrecht* an einem öffentlichen Gewässer, nämlich für das Recht, ein Wasserkraftpotential zur Erzeugung von elektrischer Energie zu verwerten.¹¹¹ Wie Sigg und Röthlisberger in ihrer Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage ausführen, ist der Wasserzins im System der Abgabetypen den *Kausalabgaben* zuzuordnen.¹¹² Zu diesem Schluss kommt auch Kilchenmann in seinem Gutachten: „Daraus folgt, dass der Wasserzins eine Kausalabgabe ist.“¹¹³

Kausalabgaben wie der Wasserzins sind, im Gegensatz zu den „voraussetzunglosen“ Steuern, an eine bestimmte, dem Abgabepflichtigen zurechenbare „Gegenleistung“ des Gemeinwesens gebunden.¹¹⁴ Eine Einordnung, die auch vom Bundesrat geteilt wird: „Ferner ist zu bedenken, dass der Wasserzins nicht eine eigentliche Steuer darstellt, sondern ein Entgelt für Überlassung der den Gemeinwesen gehörenden Wasserkraft“.¹¹⁵

Hervorzuheben ist, dass die Kausalabgabe „Wasserzins“¹¹⁶ das Entgelt, den Preis für die Ressource und nicht die Abgeltung eines bestimmten Aufwandes des Gemeinwesens bildet – insofern ist die Rede von einer „Gegenleistung“ tendenziell irreführend.¹¹⁷ Daher unterliegt der Wasserzins auch nicht dem Kostendekkungsprinzip¹¹⁸ und bedarf einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht. Auch der Beachtung des Äquivalenzprinzips¹¹⁹ kommt lediglich eine beschränkte

¹¹¹ „Der Wasserzins ist eine öffentliche Abgabe für die mit der Konzession eingeräumte Sondernutzung an einem öffentlichen Gewässer. Er ist das Entgelt an das verleihungsberechtigte Gemeinwesen für die Gewährung besonderer Vorteile durch die Zurverfügungstellung eines öffentlichen Gutes. Somit unterliegt der Wasserzins dem Legalitätsprinzip“; Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997.

¹¹² Sigg/Röthlisberger 11.

¹¹³ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 19.

¹¹⁴ Sigg/Röthlisberger 11.

¹¹⁵ Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1029.

¹¹⁶ „Da es sich beim Wasserzins nach der Rechtsprechung um eine besondere periodische Leistung mit Gebührencharakter (sc. also um eine Kausalabgabe) für die staatliche Einräumung eines Wasserrechtes handelt (Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 1995 in Pra 1996 Nr. 43 S. 118; BGE 48 I 580 E. 5 S. 610 f.“); BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3. Zum Wasserzins als öffentliche Abgabe (gemäss Jagmetti) schon BGE 41 I 313. Vgl. auch Mutzner, Verfügungsrecht, 28.

¹¹⁷ „Als *Kausalabgaben* werden jene Geldleistungen bezeichnet, die erhoben werden als Entgelt für eine Leistung des Gemeinwesens oder für die Einräumung eines Sondervorteils. Dabei sind folgende Kategorien zu unterscheiden: (...) Zu den *Konzessionsabgaben* gehören namentlich jene, die als Entgelt für die Nutzung einer der Sachherrschaft des Gemeinwesens unterstehenden Energiressource erhoben werden. Sie bilden den Preis der Ressource. Dazu gehören der Wasserzins bei der Wasserkraftnutzung, ...“; Jagmetti, Energierecht, 250, Rz. 2511; m.w.H.

¹¹⁸ Näheres bei Jagmetti, Energierecht, 255, Rz. 2521; m.w.H.

¹¹⁹ Vgl. dazu auch Ziff. 5.64.

Bedeutung zu, da die Abgabe *bundesrechtlich begrenzt* ist.¹²⁰ Dieses Maximum ist zudem zwingender Natur, so dass ein höherer Wasserzins auch mit Zustimmung des Konzessionärs nicht erhoben werden könnte.¹²¹

5.63 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Für die Erhebung von Gebühren für den gesteigerten Gemeingebräuch oder von Abgaben für die Sondernutzung, wie Wasserzinsen, „gelten nach der Praxis die gleichen Grundsätze wie für öffentliche Abgaben überhaupt. Da Gebühren für den gesteigerten Gemeingebräuch nicht kostenabhängig sind, müssen sie den strengen Anforderungen an die Legalität öffentlicher Abgaben genügen. Konzessionsabgaben decken ohnehin nicht die Kosten der öffentlichen Hand; sie bilden den Preis dieser Energieressource und müssen gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sein. Allerdings reicht bei kostenunabhängigen Kausalabgaben die Festlegung eines Maximalbetrages im Gesetz.“¹²²

In der Sprache des Bundesgerichtes: „Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz, wobei zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen vom Gesetz selber bestimmt werden müssen (BGE 128 II 112 E. 5a S. 117; 125 I 182 E. 4a S. 193; 124 I 11 E. 6a S. 19, mit Hinweisen). Das aargauische Recht sieht in § 2 Abs. 1 des kantonalen Dekrets vom 24. Oktober 1995 über die Gebühren für die Nutzung der Wasserkraft (SAR 763.150) vor, dass der jährlich zu entrichtende Wasserzins Fr. 54.-- pro BkW beträgt. Absatz 2 derselben Bestimmung schreibt vor, dass der Wasserzinssatz vom Regierungsrat jeweils durch Verordnung dem bundesrechtlich zulässigen Höchstansatz anzupassen sei, was mit der Erhöhung des Wasserzinses auf Fr. 80.-- pro BkW durch die regierungsrätliche Verordnung vom 22. April 1997 über den Wasserzins (SAR 763.151) geschehen ist. Das Bundesgericht hat bereits entschieden, dass ein solcher Verweis auf das bundesrechtlich vorgesehene Wasserzinsmaximum zulässig ist (BGE 128 II 112 E. 7 und 8 sowie nicht publizierte E. 5b von BGE 126 II 171 = Urteil 2A.517/1998 i.S. Kraftwerke Oberhasli vom 13. April 2000).“¹²³

¹²⁰ Vgl. dazu BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3 f.

¹²¹ Jagmetti, Energierecht, 506, Rz. 4533; m.w.H. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 135, Rz. 168.

¹²² Bei kostenunabhängigen Kausalabgaben, wie sie für Sondernutzungskonzessionen und die Bewilligungen zum gesteigerten Gemeingebräuch erhoben werden, wird, wie Jagmetti, Energierecht, 232, Rz. 2412, Anm. 546, mit Verweis auf BGE 126 I 180, E. 2a bb festhält, dem Legalitätsprinzip „bereits Genüge getan ..., wenn das formelle Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt“.

¹²³ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3.

5.64 Beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips

Wie erwähnt, bildet der Wasserzins nicht die Eins-zu-eins-Gegenleistung für die Überlassung der Ressource „Wasserkraft“, sondern deren Preis. Es besteht zwar ein Austauschverhältnis, aber das bestimmt sich nicht alleine oder primär an einem (vermeintlich) „objektiven“ Wert der Leistung (des Gemeinwesens). Daher kommt in diesem Falle dem Äquivalenzprinzip, das besagt, die Abgaben dürfe im Einzelfall zum objektiven Wert der Leistung nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen und müsse sich in vernünftigen Grenzen bewegen, nur eine beschränkte Bedeutung zu. Darauf hat auch das Bundesgericht hingewiesen, als es im Fall KW Oberhasli das Äquivalenzprinzip nicht verletzt sah:

„Die beschwerdeführenden Kraftwerke erachten bei einer Erhöhung des Wasserzinses auf Fr. 80.-- pro BkW das Äquivalenzprinzip als verletzt. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV) für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 128 I 46 E. 4a S. 52; 101 Ib 462 E. 3b S. 468). Allerdings hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass das Äquivalenzprinzip bei Regalgebühren, die auch fiskalischen Zielen dienen dürfen, nur beschränkt Anwendung finden kann (BGE 119 Ia 123 E. 3c S. 130 f.). Es kommt hinzu, dass es sich beim bürgerrechtlichen Höchstansatz um die Belastungsgrenze handelt, welche nach Auffassung des Bundesgesetzgebers den Kraftwerken zugemutet werden darf (nicht publizierte E. 5 von BGE 126 II 171 = Urteil 2A.517/1998 i.S. Kraftwerke Oberhasli vom 13. April 2000). Da das Bundesgericht aber an die Bundesgesetzgebung gebunden ist (Art. 191 BV), bleibt für eine weitere Überprüfung des Wasserzinses unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit bzw. des Äquivalenzprinzips kein Raum.“¹²⁴

5.7 Art. 43 WRG: Das wohlerworbene Recht auf die Benutzung eines Gewässers

In Art. 43 WRG wird festgehalten, die Konzession verschaffe „dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers.“

Das wohlerworbene Recht schützt die Position des Konzessionärs (in Analogie zu jener des Eigentümers). Änderungen der Rechtsordnung – wie z.B. eine Änderung des Wasserzinsregimes, etwa von Art. 49 WRG – können an der Schranke des wohlerworbenen Rechts abprallen. Daher ist die Tragweite dieser Rechtsposition darzulegen:

¹²⁴ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.4.

5.71 Zusammenfassung der Thematik: Erhöhung des Wasserzinsmaximums trotz wohlerworbener Rechte?

Es geht um die Frage, ob bei einer bestehenden Nutzung/Konzession eine Erhöhung des Wasserzinses überhaupt möglich ist – oder ob der Konzessionär sich darauf berufen kann, *vor Ablauf der Konzession dürfe von ihm kein höherer Zins verlangt werden*, denn schliesslich habe er ein wohlerworbenes Recht auf die Nutzung des Gewässers zu genau den in der Konzession verankerten Bedingungen: „nach Massgabe des Verleihungsaktes“, wie es in Art. 43 Abs. 1 WRG heisst.¹²⁵

Wohlerworbene Rechte sind mit Riva „Positionen oder Berechtigungen Privater gegenüber dem Staat, die auf öffentlichem – nicht privatem – Recht beruhen und einen qualifizierten Schutz vor staatlichen Eingriffen beanspruchen. Der Schutz gilt gegenüber rechtsetzenden und rechtsanwendenden Akten des Staates“. ¹²⁶

Ob während der Laufzeit einer Konzession eine Erhöhung des Wasserzinses möglich ist, das ist primär von ihrem Inhalt und/oder der kantonalen Gesetzgebung zur Zeit der Verleihung abhängig. Wurde am einen oder anderen bzw. an beiden Orten *klarerweise* geregelt, Erhöhungen des Wasserzinses seien möglich und vom Konzessionär zu tragen, dann stellt eine Erhöhung des Wasserzinses keine Verletzung eines wohlerworbenen Rechtes dar bzw. umfasst das wohlerworbene Recht die Höhe des Wasserzinses nicht.

Fehlt es an solch *klarer* Bezugnahme auf die Veränderbarkeit des Wasserzinses, dann sind Erhöhungen während der Laufzeit einer Verleihung kaum¹²⁷ möglich.

5.72 Entstehung durch Konzession/Verleihung

Wie Art. 43 Abs. 1 WRG festhält, entsteht das wohlerworbene Recht durch eine Verleihung (Art. 3 WRG), d.h. durch eine Konzession: „Die neue Konzession ver-

¹²⁵ „Wohlerworbene Wasserrechte können – anderslautende Konzessionsbestimmungen vorbehalten – zur Folge haben, dass für deren Ausübung entweder kein oder ein für heutige Verhältnisse völlig unbedeutender Wasserzins bezahlt werden muss. Wohlerworbene Rechte stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie der Verfassungen der Kantone und des Bundes“; Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2146.

¹²⁶ Riva, wohlerworbene Rechte, 69. Zur kritischen Würdigung des „Standard“-Gutachtens der letzten gut dreissig Jahre von Dubach durch Riva vgl. ebenda, 5 ff.

¹²⁷ Denkbar ist immerhin – man vergleiche dazu den oben erwähnten Entscheid KW Oberhasli, BGE 126 II 171 –, dass eine Konzessionärin „freiwillig“ einen höheren Wasserzins bezahlt.

leiht der EG Brienz wohlerworbene Rechte, in die nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen eingegriffen werden kann.“¹²⁸

5.73 Schutz der wohlerworbenen Rechte

Zur Begründung des qualifizierten Schutzes der durch ein wohlerworbenes Recht begründeten besonderen Positionen vor staatlichen Eingriffen werden in der Regel einerseits die Eigentumsgarantie, andererseits der Vertrauensschutz herangezogen.

5.73.1 Eigentumsgarantie

Die besondere Schutzwirkung, die der Eigentumsgarantie zugeschrieben wird, zeigt sich in Aussagen wie der folgenden: „Die Eigentumsgarantie umfasst nicht nur das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern auch andere vermögenswerte Rechte wie obligatorische und wohlerworbene Rechte.“¹²⁹

Gemäss Riva greift der besondere Schutz, „soweit es um die Einschränkung *bereits ins Werk gesetzter Befugnisse* geht. Diese sind – unter Vorbehalt der Anwendung neuer Vorschriften, die ein gewichtiges öffentliches, namentlich polizeiliches Interesse verfolgen – vor nachträglichen Verkürzungen weitgehend geschützt. Sie geniessen sowohl unter dem Titel der Eigentumsgarantie wie unter jenem des wohlerworbenen Rechts im Ergebnis Gesetzesfestigkeit.“¹³⁰

Zu noch nicht genutzten Befugnissen besteht nach Riva ein klarer Unterschied: Sie stehen „im Regelfall weitgehend zur Disposition der Verwaltung und des Gesetzgebers“.¹³¹

Allerdings machen die Wassernutzungsrechte eventuell eine Ausnahme: „Anders verhält es sich gemäss der in den Urteilen *Ilanz* und *Engadiner Kraftwerke* entwickelten Rechtsprechung für die wohlerworbenen Rechte: Den auf Konzession beruhenden, aber noch nicht ausgenutzten Wassernutzungsrechten kommt nach Auffassung des Bundesgerichts derselbe umfassende Schutz zu wie den bereits

¹²⁸ Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung; Urteil vom 22. Januar 2003 (1A.151/2002), E. 4.5.5, Giessbach, auch abgedruckt in URP 2003, 235 ff, hier 249.

¹²⁹ Trüeb 627. Blunschy, Sanierung, 735: „Der Kanton Bern verfügt über mehr als 6'000 km Gewässer. An diesen Gewässern bestehen ca. 400 Wasserkraftkonzessionen, wobei etwa 250 davon solche für Kleinwasserkraftwerke bis 300 kW mittlere Bruttoleistung sind. Die Nutzungsrechte werden ordentlicherweise als Konzessionen mit Vertrags- und Verfügungselementen ausgestaltet. Diese sogenannten wohlerworbenen Rechte gelten als Eigentumsrechte, deren Beschränkung nur beschränkt möglich ist.“

¹³⁰ Riva, wohlerworbene Rechte, 76. Hervorhebung hinzugefügt.

¹³¹ Ebenda.

verwerteten Rechten.“¹³² – Allerdings hält Riva diese Rechtsprechung mit dem überwiegenden Teil der Lehre für falsch: „Für noch nicht umgesetzte wohlerworbene Rechte darf eine Substanzverletzung nur unter qualifizierten Voraussetzungen angenommen werden. Die – verglichen mit der Beeinträchtigung bereits realisierter Rechte – geringere Eingriffsintensität ist angemessen zu berücksichtigen.“¹³³

5.73.2 Vertrauensschutz/Treu und Glauben

Zum einen hält die Verfassung die staatlichen Organe und die Privaten an, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 5 Abs. 3 BV); zum anderen haben die Privaten einen grundrechtlichen Anspruch gegenüber dem Staat, nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV). Allerdings sind die Erwartungen, die der Staat bei Privaten begründet, nicht absolut geschützt. Andere öffentliche Interessen können verlangen, dass der Staat die früher geweckten Erwartungen enttäuscht: „In einer Abwägung der Interessen ist darüber zu entscheiden, ob und wie der Staat die Erwartungen berücksichtigen muss und wie weit er sich über sie hinwegsetzen darf.“¹³⁴

Im Hinblick auf den Investitionsschutz im Konzessionsverhältnis führt Riva aus: „Die mit dem Konzessionären frei vereinbarten – also nicht auf Verfügung – beruhenden Positionen des Konzessionärs haben gemäss herrschender Auffassung den Rang wohlerworbener Rechte und geniessen den entsprechend starken Schutz gegen nachträgliche Verkürzungen.“ Interessant sei zu sehen, dass das Bundesgericht schon in den ersten Jahrzehnten seiner Rechtsprechung sich nicht nur auf die wohlerworbene Rechte bezogen haben, sondern es „mehrmals die grossen vom Konzessionär getätigten und auf Amortisation angewiesenen Investitionen als Grund für den besonderen Schutz der konzidierten Rechte“ angeführt habe: „Die Praxis zeigt somit durchgehend das Bestreben, rechtmässig und in guten Treuen getätigte Investitionen wirksam vor unerwarteten Entwertungen durch den Staat zu schützen.“ Unklar bleibe jedoch die genaue Tragweite dieses Schutzes.¹³⁵

Zusammenfassend hält Riva fest, der Umfang des vom Staat zu gewährenden Vertrauensschutzes hänge von einer *Interessenabwägung* ab, „bei der sich Art und Ausmass des Interesses am staatlichen (potentiell vertrauensenttäuschen- den) Handeln und Art und Ausmass des Interesses der Privaten an Einlösung der bei ihnen erweckten Erwartungen gegenüberstehen“. Diese Abwägung der Interessen hat Konsequenzen: „Kennt nun aber das Vertrauensschutzprinzip keine Situationen, die «von vornherein» und zwingend Anspruch auf Bestand – oder auf Abgeltung bei Beeinträchtigung – geben, so kann dieses Prinzip auch nicht

¹³² Ebenda.

¹³³ Riva, wohlerworbene Rechte, 117.

¹³⁴ Riva, wohlerworbene Rechte, 77.

¹³⁵ Riva, wohlerworbene Rechte, 83 f.

die verfassungsmässige Grundlage für jenen absoluten Schutz bilden, wie ihn wohlerworbene Rechte ihrem Anspruch nach aufweisen sollten. Namentlich taugt er nicht als Grundlage für die postulierte Gesetzesfestigkeit.“¹³⁶

5.73.3 Fazit

Riva schlägt ein Modell für den Schutz wohlerworbener Rechte vor, das davon ausgeht, „dass es im öffentlichen Recht gründende Positionen oder Berechtigungen Privater gegenüber dem Staat gibt, für welche ein qualifizierter Schutz vor staatlichen Eingriffen beansprucht werden kann.“ Darunter fallen, wie er hervorhebt, „namentlich Positionen, die das Gesetz direkt oder indirekt als wohlerworbene qualifiziert“, wie die in dieser Untersuchung speziell interessierenden konzessionierten Wassernutzungsrechte gemäss Art. 43 Abs. 1 WRG.¹³⁷

Besondere Erwähnung verdienen die folgenden Ergebnisse aus Rivas Studie: So ist es dem Staat verwehrt, „zur Verfolgung eigener Interessen gezielt in ein wohlerworbenes Recht einzugreifen und es zu seinen Gunsten zu verkürzen. Vorbehalten bleibt der Weg der formellen Enteignung mit vorgängiger voller Entschädigung.“¹³⁸

Solche Eingriffe dürften im Hinblick auf bestehende Kraftwerke eher selten sein.

Im Übrigen bleibt gemäss Riva die Gesetzgebungshoheit des Staates gewahrt: „Die wohlerworbenen Rechte stellen als solche *keine Schranke für den Gesetzgeber* dar. Der Staat ist in Erfüllung seiner Aufgaben befugt, neues Recht zu erlassen und dabei nötigenfalls wohlerworbene Rechte einzuschränken. Solche Einschränkungen sind vom Inhaber des Rechts grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen.“¹³⁹ Allerdings ist dabei zu beachten, dass ein wohlerworbenes Recht, soweit es bereits ins Werk gesetzt ist, „also die aus ihm fliessenden Möglichkeiten und Befugnisse genutzt sind“, unter der Besitzstandsgarantie steht: „Neues Recht darf darauf nur in engen Grenzen angewendet werden. *Die Wirtschaftlichkeit und Rentabilität der getätigten Investitionen muss erhalten bleiben.* Wenn dies nicht möglich ist, muss von der Anwendung des neuen Rechts abgesehen oder eine Entschädigung geleistet werden.“¹⁴⁰

Dieser letzte Punkt trifft sich mit den Überlegungen, die im Rahmen dieser Untersuchung bezüglich der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Erhöhungen des Wasserzinses gemacht worden sind. Einmal abgesehen davon, dass die Höhe des Wasserzinses gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durchaus vom wohlerworbenen Recht erfasst und somit unveränderlich sein kann, ist er doch in vie-

¹³⁶ Riva, wohlerworbene Rechte, 89. Vgl. auch ebenda, 91: „Eine grundsätzliche Gesetzesfestigkeit muss für die wohlerworbenen Rechte deshalb abgelehnt werden.“

¹³⁷ Riva, wohlerworbene Rechte, 97.

¹³⁸ Riva, wohlerworbene Rechte, 98.

¹³⁹ Riva, wohlerworbene Rechte, 98.

¹⁴⁰ Riva, wohlerworbene Rechte, 99. Hervorhebung hinzugefügt.

len Fällen vom Schutz des wohlerworbenen Rechts *durch einen expliziten Vorbehalt ausgenommen*, was Erhöhungen grundsätzlich möglich machte. Allein, auch in diesen Fällen kann die Erhöhung nicht beliebig (hoch), sondern sie muss für die Betroffenen zumutbar bzw. wirtschaftlich tragbar sein.¹⁴¹

5.74 Inhalt/Gehalt wohlerworbener Rechte

Nicht alle Rechte aus einer Konzession sind wohlerworben, sondern nur jene, die Bestandteil vertraglicher Zusicherungen bilden und nicht nebensächlichen Inhalts sind.¹⁴² So meint denn auch das Bundesgericht: „Im Zusammenhang mit Konzessionen gelten nach der Rechtsprechung als wohlerworben jene Rechte, die aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können (BGE 107 Ib 140 E. 3a S. 144 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 1985, in: ZBI 86/1985 S. 498, E. 2b S. 500, mit Hinweisen). In die Substanz von auf diese Weise begründeten Rechten darf gestützt auf spätere Gesetze regelmässig nicht, jedenfalls nicht ohne Entschädigung, eingegriffen werden (BGE 119 Ib 254 E. 5a S. 268; 107 Ib 140 E. 3a S. 145).“

Ob eine Rechtsposition als wohlerworbenes Recht zu qualifizieren ist, lässt sich nicht allein aufgrund ihrer Entstehung und unabhängig von der aktuellen Rechtslage beurteilen (Kathrin Klett, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen, Bern 1984, S. 224 ff., 233). Die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts ist vielmehr das (typisierte) Ergebnis einer Interessenabwägung, welches den aufgrund einer früheren Rechtsordnung eingeräumten Rechten den Vorrang vor der Durchsetzung der mit einer Rechtsänderung verfolgten öffentlichen Interessen einräumt, wobei das konkret fassbare Rechtssicherheitsinteresse des Rechtsinhabers nach den aktuellen Verhältnissen zu gewichten ist (Klett, a.a.O., S. 233 ff.).

Im Falle der Konzession wird ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Konzessionärs begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar. Die konzessionierte Unternehmung erstellt auf Grund der Konzession ein Werk mit regelmässig beträchtlichen Investitionen, deren Rentabilität sich nicht kalkulieren lässt, wenn nicht Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession und über die Konzessionsdauer besteht.¹⁴³ Daraus ergibt sich, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abgehen und das Leistungsverhältnis zu seinen Gunsten ver-

¹⁴¹ Vgl. Ziff. 5.41 und 6.26.

¹⁴² Eckert 129.

¹⁴³ So 1923 schon Egger in seiner Dissertation, 17: „Der Werkeigentümer weiss nun (sc. durch die Verankerung eines Wasserzinsmaximums in Art. 49 Abs. 1 WRG), mit welchem Wasserzins er höchstens zu rechnen hat, was bei der Feststellung der Rentabilität des Werkes und dessen Finanzierung eine Rolle spielt.“

ändern kann (BGE 126 II 171 E. 4b S. 180 f., mit Hinweisen). Namentlich kann es grundsätzlich die Dauer der Konzession nicht kürzen, weil die Rentabilität des von der konzessionierten Unternehmung zu erstellenden Werkes davon wesentlich abhängt; (nur) insofern gehört die – vereinbarte – Dauer der Konzession zur Substanz des wohlerworbenen Rechts (BGE 49 I 555 E. II/3 S. 584 f.).¹⁴⁴

Besonders wichtig in Bezug auf den hier interessierenden Wasserzins ist der Umstand, dass dessen Höhe „grundsätzlich“ auch vom wohlerworbenen Recht erfasst wird: „Vom wohlerworbenen Recht erfasst wird auch die Höhe des Wasserzinses. Während der Konzessionsdauer kann er nur an neues Gesetzesrecht angepasst werden, wenn dies in der Konzession speziell vorgesehen ist.¹⁴⁵ Auch in dieser Beziehung reicht ein allgemeiner Vorbehalt künftigen Rechts grundsätzlich nicht, um ein wohlerworbenes Recht in seiner Substanz zu beschränken und den Wasserzins zu erhöhen. Das Bundesgericht legt eine entsprechende Konzessionsbestimmung nach dem Vertrauensprinzip aus. Hat sich der Konzessionär bisher bei Änderung der Rechtslage Erhöhungen des Wasserzinses nicht widersetzt, muss er nach einem Urteil des Bundesgerichts solche auch in Zukunft gegen sich gelten lassen, weil er einem entsprechenden Vorbehalt in der Konzession selbst diese Tragweite gegeben habe.“¹⁴⁶

Wie noch zu zeigen sein wird, ist in einer Vielzahl von Fällen der Wasserzins jedoch vom wohlerworbenen Recht ausgenommen, so dass er erhöht werden kann.

Zu unterscheiden ist die Erhebung bzw. Erhöhung des Wasserzinses von anderen Abgaben: „Nach der Rechtsprechung schützt das wohlerworbene Recht demgegenüber nicht vor der Erhebung einer Wasserkraft- oder Wasserwerksteuer, wie sie Kantone kennen, in denen die Gemeinden als Trägerinnen der Gewässerhöheit nur einen Teil des bundesrechtlich zugelassenen Wasserzinses beziehen dürfen, während der Kanton für den anderen Teil die genannte Steuer¹⁴⁷ erhebt.“¹⁴⁸

¹⁴⁴ BGE 2P.103/2000/2A.218/2000 vom 30. Oktober 2000, E. 5a.

¹⁴⁵ Dazu unten Ziff. 5.76.

¹⁴⁶ Jagmetti, Energierecht, 493, Rz. 4506; m.w.H.

¹⁴⁷ Jagmetti verweist auf Art. 49 Abs. 2 Satz 2 WRG, wo es heisst: „Jedoch kann in Kantonen, in denen der Maximalwasserzins gesetzlich auf weniger als den nach den eidgenössischen Vorschriften zulässigen Ansatz festgesetzt ist, eine besondere kantonale Steuer erhoben werden, die zusammen mit dem maximalen Wasserzins nicht mehr als höchstens diesen Ansatz ausmacht.“ – „Wann aber liegt eine besondere Besteuerung im Sinne des ... WRG vor? Immer dann, wenn für die Besteuerung nicht die allgemeinen Grundsätze der Einkommens- oder Vermögensbesteuerung zur Anwendung gebracht werden“, wie Mutzner, Verfügungsrecht, 35, festhält.

¹⁴⁸ Jagmetti, Energierecht, 493, Rz. 4506; m.w.H. Hervorhebungen hinzugefügt.

5.75 Einschränkbarkeit wohlerworbener Rechte

Ist ein Recht wohlerworben, bietet es besonders qualifizierten Schutz gegen Veränderungen – etwa gegen die Erhöhung des Wasserzinses durch bzw. in Anlehnung an eine Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums: „Auszugehen ist vom Grundsatz, dass Rechte, die einem Kraftwerkunternehmen aufgrund einer Konzession für die Gewässernutzung eingeräumt werden, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als wohlerworbene Rechte gelten (vgl. Art. 43 Abs. 1 WRG). Sie können durch später erlassene Rechtsgrundlagen nicht entschädigungslos aufgehoben oder sonstwie in ihrer Substanz beeinträchtigt werden. *Sofern die neuen Vorschriften hingegen keinen Eingriff in die Substanz eines wohlerworbenen Rechts zur Folge haben, ist deren Anwendung auf vorher verliehene Rechte nicht ausgeschlossen* (vgl. BGE 107 Ib 145 und 110 Ib 163 f.; ZBI 1988 273 ff., 1989 82 ff.).“¹⁴⁹

Und in einem anderen Entscheid hielt das Bundesgericht fest: „Wohl ist daher dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das heutige Stauregime bis Ende 2041 rechtskräftig konzediert ist und – ausser im Rahmen einer neuen Konzession, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat – nicht ohne Eingriff in wohlerworbene Rechte beschränkt werden kann.“¹⁵⁰

Die letzte Feststellung des Bundesgerichts ist wohl etwas zu apodiktisch. Gewisse – allerdings eher marginale – Veränderungen sind, wie oben unter Hinweis auf Riva gezeigt wurde, auch bei ins Werk gesetzten wohlerworbenen Rechten durchaus möglich. Aber eben nur in engen Grenzen.

Eine dieser Grenzen findet sich durch die Abklärung, ob ein Eingriff die *Substanz* des konzidierten Rechtes verletzte oder nicht. Mit dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern mag es an dieser Stelle genügen festzustellen, dass die „Frage, wann ein Eingriff in die Substanz eines wohlerworbenen Rechts vorliegt, ... sich jedoch nicht allgemeingültig festlegen (lässt); sie ist von Fall zu Fall zu klären.“¹⁵¹ Das muss hier nicht geleistet werden. Der Begriff der „Substanz“ vermag aber zu illustrieren, dass es „Eingriffe“ geben kann, die „eigentlich“ gar keine Eingriffe sind, weil sie den „wirklichen“ Gehalt des wohlerworbenen Rechts gar nicht berühren.¹⁵²

¹⁴⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. August 1997 in Sachen „Biglenbach“, E. 11a; publiziert in BVR 1998 111 ff., zitiert nach URP 1999 172 ff, hier 176 f. Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁵⁰ BGE vom 28. April 2000 (1A.59/1995), E. 3c aa, Lungernsee, auch abgedruckt in URP 2000, 691 ff., hier 696.

¹⁵¹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. August 1997 in Sachen „Biglenbach“, E. 11a; publiziert in BVR 1998 111 ff., zitiert nach URP 1999 172 ff, hier 177.

¹⁵² Näheres zur „Substanz“ bei Riva, wohlerworbene Rechte, u.a. 57, 110.

Für unser Belange von Interesse vielleicht zwei Folgerungen von Riva: Zum einen gehört zur Substanz, „was die Wirtschaftlichkeit und Rentabilität der konzidierten Unternehmen ausmacht“¹⁵³; zum anderen beurteilt sich die Substanz auch danach, „wie weit der zur Diskussion stehende Eingriff das öffentliche Interesse effektiv zu fördern vermag, das ihn motiviert“.¹⁵⁴

5.76 Erhöhung des Wasserzinses bei bestehenden Konzessionen

Kann auch bei bestehenden Konzessionen der Wasserzins erhöht werden, oder gilt, worauf der Bundesrat beispielsweise 1975 in seiner Botschaft zur Revision des Wasserrechtsgesetzes hinwies, dass nämlich „in vielen älteren Konzessionen der Wasserzins auf einen bestimmten Betrag beschränkt“ sei?: „Nach der Praxis des Bundesgerichtes haben sich die Verleihungsbehörden an diese konzessionsmäßig festgelegten Bedingungen zu halten, da es sich um wohlerworbene Rechte handelt, die während der Dauer der Konzession gegenüber der Verleihungsbehörde Bestand haben.“¹⁵⁵ Das trifft sich mit der oben wiedergegeben Ansicht, dass die „Höhe des Wasserzinses“ grundsätzlich auch vom wohlerworbenen Recht erfasst werde – genau so, wie es das Bundesgericht im Entscheid KW Oberhasli ebenfalls festhielt, wo es einer undifferenzierten, analogen Übertragung von Überlegungen, die im Rahmen der Anpassung der Restwassermengen ihre Berechtigung haben, auf die Höhe des Wasserzinses einen Riegel schob:

„Das Verwaltungsgericht stützt sich auf die Rechtsprechung betreffend die Restwassermenge. Aus dem Umstand, dass eine massvolle Erhöhung der Mindestabflussmenge die Substanz des durch die Konzession eingeräumten wohlerworbenen Rechts nicht schmälerere, hat es abgeleitet, auch eine «massvolle Erhöhung» des Wasserzinses über die in der Konzession vorgesehenen Maximalbeträge hinweg die Substanz des durch die Konzession eingeräumten wohlerworbenen Rechts. Mit dieser Betrachtungsweise werden die Unterschiede zwischen neuen gewässerschutzrechtlichen Anforderungen an die Nutzung der Wasserkraft und einer Erhöhung der dem Konzessionär auferlegten finanziellen Leistungen übersehen. Geht es im ersten Fall um Gründe des öffentlichen Wohls, welche zwar auf die Konzession einwirken, aber auf neuer Erkenntnis beruhen und bei der Erteilung der Konzession noch nicht berücksichtigt werden konnten, steht im

¹⁵³ „Vielmehr ist festzustellen, dass der Gehalt der anfänglich praktisch unantastbaren wohlerworbenen Rechte im Laufe der letzten Jahre durch die (bundes-)gerichtliche Rechtsprechung immer mehr eingeschränkt wurde. So ist unterdessen auch unbestritten, dass diese Rechte nur insoweit nicht (ohne Entschädigung) beschränkt werden dürfen, als in ihren Kerngehalt, die Substanz, eingegriffen würde; der Schutz greift also solange nicht, als die Wirtschaftlichkeit des Werkbetriebes «nicht ernsthaft» berührt wird (DUBACH; Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, S. 123). Neues zwingendes Bundesrecht ist also in dem Umfang zu beachten, als die Substanz des wohlerworbenen Nutzungsrechts unberührt bleibt“; Blunschy, wohlerworbene Wasserkraftrechte, 769 f.

¹⁵⁴ Riva, wohlerworbene Rechte, 111.

¹⁵⁵ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2143.

zweiten Fall unmittelbar das Leistungsverhältnis zwischen dem verleihenden Gemeinwesen und dem Konzessionär in Frage. Schon in einem wenige Jahre nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gefällten Urteil hat das Bundesgericht die Kürzung der Konzessionsdauer durch Gesetzesänderung als Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts qualifiziert, weil dadurch der Umfang des verliehenen Rechts betroffen ist (BGE 49 I 555 E. 3 S. 584 f.). Das Gleiche trifft grundsätzlich auf die Höhe des Wasserzinses zu. Durch die Konzession wird ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Konzessionärs begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar. Die konzessionierte Unternehmung erstellt auf Grund der Konzession ein Werk mit regelmäßig beträchtlichen Investitionen, deren Rentabilität über die ganze Konzessionsdauer sich nicht kalkulieren lässt, wenn nicht Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession besteht. Daraus ergibt sich, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abgehen und die den Konzessionär treffenden Lasten zu seinen Gunsten erhöhen kann (BGE 57 I 329 E. 2 S. 335; KLETT, a.a.O., S. 55), abgesehen davon, dass Glaubwürdigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Staates leiden würden, wenn der Staat sich über getroffene Vereinbarungen beliebig hinwegsetzen könnte¹⁵⁶.¹⁵⁷

Dieser vom Bundesgericht einmal mehr bekräftigte Grundsatz der Unveränderlichkeit der durch das wohlerworbene Recht erfassten Positionen, gilt nun aber eben wirklich *nur grundsätzlich*. Das am meisten gewählte Mittel, um den Wasserzins bzw. seine Höhe vom Schutz des wohlerworbenen Rechts aufzunehmen, ist ein entsprechender Vorbehalt.

5.76.1 Vorbehalt künftiger Gesetzgebung

Im Jahre 1967 wies der Bundesrat darauf hin, dass die „Gesetzesrevision von 1952 ... wohlerworbene Rechte ausdrücklich vor(behält). Sie konnte deshalb auf

¹⁵⁶ Mit dem Hinweis auf die Glaubwürdigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Staates lehnt sich das Bundesgericht an das Gutachten von Dubach an, der durch eine eventuelle Abschaffung der „wohlerworbenen Rechte“ beide gefährdet sah; vgl. Ziff. 8.43.

¹⁵⁷ BGE 126 II 171, E. 4 b; KW Oberhasli. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 31 ff., Rz. 55, 58. Blunschy, wohlerworbene Wasserkraftrechte, 770 f., weist in der folgenden Passage auf diesen Entscheid hin – und relativiert ihn in ähnlicher Weise, wie wir das bei Riva gesehen haben: „Ein neuster Entscheid des Bernischen Verwaltungsgerichtes, der allerdings in der Zwischenzeit ans Bundesgericht weitergezogen wurde (Urteil vom 14. September 1998 betreffend Wasserzins; Nr. 20359U) zeigt, dass bei der Beurteilung, ob mit einer Änderung oder Anpassung der Konzession in die Substanz des wohlerworbenen Rechts eingegriffen wird, vor allem – aber nicht nur – mitberücksichtigt werden muss, dass die gesetzlichen (Umwelt-)Vorschriften soweit wie möglich auch gegenüber wohlerworbenen Rechten anzuwenden und durchzusetzen sind. Konzessionsberechtigte können sich bereits heute, aber vor allem auch in Zukunft nicht mehr uneingeschränkt darauf berufen und davon ausgehen, dass ihr Status ohne ihre Zustimmung überhaupt keine Änderung erfahren dürfe.“

zahlreiche bestehende Verleihungen nicht angewendet werden, da weder diese selbst noch die kantonalen Gesetze Klauseln über die Revisionsmöglichkeit des ursprünglich vereinbarten Wasserzinsansatzes enthielten.“¹⁵⁸

Das war schon damals vielleicht weniger arg, als der Bundesrat dies rückblickend einschätzte,¹⁵⁹ und hat sich anscheinend im Laufe der Zeit geändert, wie Riva feststellt: „Viele Wasserrechtskonzessionen behalten die Anpassung des Konzessionsverhältnisses an künftige Änderungen der Gesetzgebung vor.“ Jedoch, mit einem beliebigen Vorbehalt gibt sich das Bundesgericht nicht zufrieden: „Das Bundesgericht begegnet derartigen Vorbehalten mit grosser Zurückhaltung; in der Regel erachtet es die Gesetzesbeständigkeit der verliehenen Wassernutzungsrechte dadurch nicht als aufgehoben.“¹⁶⁰ So führt es beispielsweise aus:

„Die Klausel, die anscheinend im Kanton Graubünden bei derartigen Konzessionen allgemein und sozusagen formelhaft verwendet wird, muss unter Beachtung der Rechtsnatur der Verleihung ausgelegt werden. Sie hat zwar nach ihrem Wortlaut eine ganz allgemeine Bedeutung. Es kann aber klarerweise nicht der Sinn des Vorbehalts sein, dass durch künftige Gesetze die konzidierten Rechte in ihrem Bestand beeinträchtigt werden könnten. Es wäre sinnwidrig, wenn der Inhaber der Wasserhoheit einerseits durch Verleihung Rechte einräumen würde, die allgemein als wohlerworben und damit gesetzesbeständig betrachtet werden, und anderseits mit einem Vorbehalt das wesentliche Element dieser Rechte, die

158 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1028.

159 „Eine Erhöhung des Wasserzinses wird nur nach dem Willen der Kantone oder anderen nach dem kantonalen Recht Berechtigten eintreten, insofern die bestehenden Verleihungen damit nicht in Widerspruch stehen. Denn durch die Verleihung hat jeder Beleihene nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht erworben, das nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden kann. Diesen Grundsatz drückt Artikel 43 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte aus. Er entspricht einem allgemein anerkannten Rechtsbegriff, der einen Bestandteil unseres ordre public bildet. Deshalb kann in diesem Punkt dem Vorschlag von Herrn Nationalrat Kuntschen, wonach sich die Erhöhung des Höchstansatzes auf bestehende Verleihungen ebenso auswirken müsste wie auf künftige, nicht die gewünschte Folge gegeben werden. Indessen sind die Fälle ziemlich zahlreich, bei denen die Verleihungsbehörde bei der Konzessionerteilung die Möglichkeit vorbehalten hat, den jährlichen Wasserzins, sei es periodisch, sei es in den vom kantonalen Recht vorgesehenen Fällen oder sogar im Falle einer Erhöhung des durch die Bundesgesetzgebung festgesetzten Höchstansatzes, zu revidieren, so dass hier die Erhöhung sukzessiv wird erfolgen können“; Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 572.

Zu beachten bleibt immerhin, dass nach einer von der Kommission Righetti gut zwanzig Jahre später durchgeführten Umfrage bei den Kantonen „in vielen älteren Konzessionen die Höhe des Wasserzinses ziffernmässig beschränkt ist“, so dass „nach der Praxis des Bundesgerichtes ... sich die Verleihungsbehörden an diese konzessionsmässig festgelegten Bedingungen zu halten“ haben, „da es sich um wohlerworbene Rechte handelt“; Bericht Kommission Righetti 9 f. Genau Zahlen nennt der Bericht jedoch nicht, so dass unklar bleibt, wie viele solche „ältere“ Konzessionen während ihrer Dauer hinsichtlich der Höhe des Wasserzinses unveränderlich wären.

160 Riva, wohlerworbene Rechte, 66; m.w.H.

Gesetzesbeständigkeit, gleich wieder entzöge. Der in die Konzession aufgenommene Vorbehalt der bestehenden und künftigen Gesetze kann sich bei vernünftiger Auslegung nur auf Normen beziehen, die keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte zur Folge haben, während Regeln, die diese Rechte in ihrer Substanz beeinträchtigen und zu einem entschädigungslos hinzunehmenden Eingriff führen würden, vom Vorbehalt nicht erfasst sind.“¹⁶¹

Ein allgemeiner, undifferenziert Vorbehalt künftigen Rechts vermag an der Festzung des wohlerworbenen Rechts also nicht zu rütteln.¹⁶² Hingegen kann dies durch eine spezifischen, einen ausdrücklichen Vorbehalt durchaus geschehen: „Ein Teil der Konzessionen legt fest, dass der jeweils bundesrechtlich zugelassene Höchstbetrag geschuldet ist“ – der „jeweils bundesrechtlich zugelassene Höchstbetrag geschuldet ist“: das ist etwas anderes, als ein unspezifischer Vorbehalt. „Damit kann der Wasserzins bei entsprechender Änderung des Wasserrechtsgesetzes angepasst werden. Ein allgemeiner Vorbehalt künftigen Rechts erlaubt dies nicht, ausser wenn der Konzessionäre in einer solchen Klausel seinerseits die Ermächtigung des Gemeinwesens erblickte, die Erhöhung vorzunehmen. Bei Festlegung eines bestimmten Betrages ohne Gleitklausel in der Konzession bleibt die Abgabe dagegen konstant.“¹⁶³

Das heisst mit anderen Worten, dass im Voraus zwar auf die Wohlerworbenheit verzichtet werden kann, indem das Gemeinwesen einen Vorbehalt der späteren Rechtsänderung anbringt – dass sich dieser Vorbehalt aber spezifisch auf das betreffende vermögenswerte Recht beziehen muss.¹⁶⁴ Oder, wie Riva es fasst: „Um wirksam zu sein, muss ein Vorbehalt einen genau umschriebenen Inhalt aufweisen. Er verhindert auf diese Weise, dass die entsprechende Position die Eigenschaft der Wohlerworbenheit annimmt.“¹⁶⁵

¹⁶¹ BGE 107 IB 140, E. 4. Vgl. dazu auch Eckert/Hunger 260.

¹⁶² „Eine Konzession ist in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen. (...) Danach ist entscheidend, wie eine Konzessionsbestimmung von den Beteiligten tatsächlich verstanden wurde (wirklicher Parteiwille) oder nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste. In Analogie zum Privatrecht wäre zu präzisieren, dass eine vom Konzessionären aufgestellte Bestimmung die Tragweite hat, die ihr der Konzessionär nach Treu und Glauben beimesse durfte und musste. Von Bedeutung ist namentlich, dass ein formelhafter Vorbehalt künftigen Rechts in der Konzession nicht den Sinn haben kann, dass durch künftige Gesetze die konzidierten Rechte in ihrer Substanz eingeschränkt werden könnten“; Jagmetti, Energierecht, 438 f., Rz. 4221; m.w.H. Vgl. auch Wyer, Ausgaben, 30, Rz. 54.

¹⁶³ Jagmetti, Energierecht, 507, Rz. 4535; m.w.H.

¹⁶⁴ Häner 602 f. mit Verweis auf BGE 126 II 181, KW Oberhasli.

¹⁶⁵ Riva, wohlerworbene Rechte, 66 f.; m.w.H. Vgl. schon Egger 39.

Im Entscheid KW Oberhasli heisst das beim Bundesgericht wie folgt: „Wenn auch das Bundesrecht wohl gerade aus diesen Gründen vorschreibt, dass die Konzession «die dem Konzessionär auferlegten wirtschaftlichen Leistungen wie Wasserzins, Pumpwerkabgabe, Abgabe von Wasser oder elektrischer Energie und andere Leistungen» bestimmen soll (Art. 54 lit. f WRG), bedeutet dies nicht, dass sich das verleihende Gemeinwesen nicht die Freiheit wahren könnte, den Wasserzins zu erhöhen. Nach DUBACH (a.a.O., S. 109 f.) reicht hiefür eine allgemeine Formel in der Konzession, wonach «die künftige Gesetzgebung» vorbehalten bleiben soll, nicht aus, weil sie nur dahin zu verstehen wäre, dass Änderungen des Konzessionsinhaltes, die nicht den Charakter von Eingriffen in «wohlerworbene Rechte» haben, möglich sein sollen. Ausreichend wäre demgegenüber eine Bestimmung, wonach «der Wasserzins nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung» festzusetzen sei. Damit würde die Entstehung eines wohlerworbenen Rechts im Bereich des Wasserzinses ausgeschlossen, soweit die Änderung vom Gesetzgeber ausgeht (DUBACH, a.a.O., S. 110).“¹⁶⁶

Im Fall „Reckingen“ war der in die Konzession aufgenommene Vorbehalt spezifisch genug, um eine Anpassung an die durch Bundesrecht erhöhten Höchstsätze für den Wasserzins zuzulassen: „Im vorliegenden Fall hat der Bundesrat in der Konzession vom 16. März 1926 in Bezug auf den Wasserzins in Art. 19 Folgendes festgelegt:

«Für die Überlassung der Wassernutzungsrechte hat der Unternehmer den Kantonen Zürich und Aargau eine einmalige Gebühr und *einen jährlichen Wasserzins nach der jeweiligen schweizerischen Gesetzgebung* zu leisten. Die Höhe des Wasserzinses vermindert sich um den Betrag einer Sondersteuer auf Wasserkräfte oder daraus erzeugter Energie.»

Dieser Verweis auf die «jeweilige schweizerische Gesetzgebung» ist so auszulegen, dass der betroffene Kanton einen Wasserzins in der Höhe des vom Gesetzgeber in Art. 49 des Wasserrechtsgesetzes festgesetzten Maximums beziehen darf. Damit aber ist der konkrete, von der Konzessionärin jährlich geschuldete Wasserzins genügend bestimmt; der Kanton setzt damit, dass er den so berechenbaren Betrag vom Kraftwerk einfordert, nicht den Wasserzins fest, sondern er bezieht lediglich die vom Bund festgesetzten, zu seinen Gunsten ausbedungenen Leistungen. Soweit in der Zusatzverleihung vom 9. Oktober 1956 auf das kantonale Recht verwiesen wird, ist der Wasserzins zumindest bestimmbar, ist er doch gemäss § 66 des zürcherischen Wasserwirtschaftsgesetzes in der Höhe des bundesrechtlichen Höchstansatzes zu erheben; es gilt daher dasselbe.“¹⁶⁷

¹⁶⁶ BGE 126 II 171, E. 4c aa, KW Oberhasli.

¹⁶⁷ BGE 2A.179/2000/2A.183/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 2b; Hervorhebung hinzugefügt.

Riva fasst die aktuelle Rechtlage wie folgt zusammen: „Allgemein gehaltene Klauseln, mit denen die Anwendung künftiger Gesetze des Bundes und der Kantone vorbehalten wird, sind unbeachtlich. Das Gemeinwesen darf nicht das, was es mit der einen Hand gegeben hat, mit der anderen wieder nehmen. (...) Bedeutsam sind dagegen spezifisch formulierte Vorbehalte. Sie führen zu einer entsprechenden Begrenzung des wohlerworbenen Rechts und setzen den Privaten von Anfang an in die Lage, den Umfang des gewährten Rechts und die Risiken einer zukünftigen negativen Entwicklung auf die Investitionen richtig einzuschätzen. Im Sinne des «c'est à prendre ou à laisser» liegt es am Privaten zu entscheiden, ob er das so definierte Rechtsverhältnis mit dem Gemeinwesen eingehen will.“¹⁶⁸

5.77 Wohlerworbene Rechte bei Ablauf oder Erneuerung einer Konzession

Unproblematisch ist die Lage, wenn eine abgelaufene Konzession erneuert oder eine bestehende Konzession derart geändert werden muss, dass sie in rechtlicher Hinsicht den Erfordernissen einer neuen Konzession entsprechen muss: in diesen Fällen bestehen keine wohlerworbenen Rechte.¹⁶⁹

Das war schon beim Erlass des Wasserrechtsgesetzes klar: „Der Fall der *Erneuerung* einer erloschenen Verleihung braucht nicht besonders vorgesehen zu werden, da sie nicht bezweifelt werden kann und nicht unter anderen Grundsätzen steht als die Erteilung einer neuen Konzession. Die Verleihung kann nur erneuert werden, wenn die Verleihungsdauer abgelaufen ist, und dann sollte der Verleihungsbehörde wieder volle Freiheit gegeben werden.“¹⁷⁰

Platz für wohlerworbene Rechte ist hier keiner.

5.8 Die Konzessionsabgabe

Ein kurzer Hinweis auf die Konzessionsabgabe muss genügen: „Die Mehrheit der Kantone erhebt eine über die Deckung der Verwaltungskosten hinausgehende einmalige *Konzessionsabgabe*.¹⁷¹ Sie gilt als vereinbar mit dem bundesrechtlichen Wasserzinsmaximum, das sich auf die periodischen Abgaben bezieht. Allerdings darf sie nicht dazu führen, dass die Leistungen des Konzessionärs in ihrer Gesamtheit die Nutzung der Wasserkraft wesentlich erschweren.¹⁷² Da diese Ab-

¹⁶⁸ Riva, wohlerworbene Rechte, 102.

¹⁶⁹ Huber/Keller 44.

¹⁷⁰ Botschaft WRG 1912, BBI 1912 II 701.

¹⁷¹ Vgl. die Nachweise bei Jagmetti, Energierecht, 505, Rz. 4532, Anm. 792.

¹⁷² So ausdrücklich Art. 48 Abs. 2 WRG: „Diese Leistungen in ihrer Gesamtheit dürfen die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren.“

gabe über die Kostendeckung hinausgeht, bedarf sie der Grundlage in einem Gesetz, das ausser dem Abgabepflichtigen den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe oder zumindest den Höchstbetrag festlegt; eine Regierungsverordnung reicht nicht, während eine vom Parlament gestützt auf Verfassung oder Gesetz erlassene Verordnung genügt, wenn das kantonale Recht dies zulässt.“¹⁷³

5.9 Besondere kantonale Steuern

Gemäss Art. 49 Abs. 2 Satz 2 WRG „kann in Kantonen, in denen der Maximalwasserzins gesetzlich auf weniger als den nach den eidgenössischen Vorschriften zulässigen Ansatz festgesetzt ist, eine besondere kantonale Steuer erhoben werden, die zusammen mit dem maximalen Wasserzins nicht mehr als höchstens diesen Ansatz ausmacht.“ Diese Abgabe dient gleichsam als Kompensation für ein nicht ausgeschöpftes Wasserzinsmaximum. Die Kantone Graubünden und Wallis haben eine solche Lösung gewählt: der Wasserzins, der den Gemeinden als Trägerinnen der Gewässerhoheit zusteht, wird gesetzlich auf 50 % bzw. 40 % des bundesrechtlichen Höchstbetrages begrenzt und ergänzt durch eine kantonale Steuer für den verbleibenden Teil. „Die Abgabe ist wirtschaftlich Teil des Entgelts für die Überlassung der Wasserkraft, wird aber nicht vom Träger der Gewässerhoheit (und Konzessionen) erhoben, bildet daher keine Konzessionsabgabe und wird zu Recht als Steuer bezeichnet. Sie greift nach der Praxis des Bundesgerichts¹⁷⁴ nicht ins wohlerworbene Recht des Konzessionärs ein“.¹⁷⁵

Und wie bei jeder Steuer unterliegt auch die Erhebung einer Kraftwerksteuer den Grundsätzen der Legalität und der Rechtsgleichheit in ihrer besonderen Ausprägung für das Steuerrecht.¹⁷⁶

Damit die bundesrechtliche Begrenzung des Wasserzinses nicht durch andere Abgaben unterlaufen werden kann, „können die Kantone *keine Sondersteuern* auf den Wasserkraftwerken und auf der erzeugten Energie erheben. Diese Bestimmung soll nach ihrem ursprünglichen Sinn die Belastung der aus der Wasserkraft erzeugten Elektrizität und damit den Strompreis in Grenzen halten.“¹⁷⁷

Zu dieser Gefahr hatte sich vor 80 Jahren bereits Mutzner ausführlich geäussert: „Der Schutz der gesamtschweizerischen volkswirtschaftlichen Interessen an einer zweckmässigen Ausnutzung der Wasserkräfte gegenüber den rein fiskalischen Interessen engerer Verbände wäre indessen *unvollständig*, wenn diesen engeren Verbänden nur als Inhaber der Wasserhoheit Schranken auferlegt würden. Denn die fiskalische Belastung der Kraftwerke kann nicht nur auf Grund der Verlei-

¹⁷³ Jagmetti, Energierecht, 505 f., Rz. 4532; m.w.H.

¹⁷⁴ Vgl. BGE 128 II 112, E. 10e, Grande Dixence.

¹⁷⁵ Jagmetti, Energierecht, 511 f., Rz. 4541; m.w.H.

¹⁷⁶ Jagmetti, Energierecht, 512, Rz. 4541; m.w.H.

¹⁷⁷ Jagmetti, Energierecht, 512, Rz. 4542; m.w.H.

hung, sie kann auch auf Grund der kantonalen Steuerhoheit erfolgen: durch die Erhebung von *Spezialsteuern* von der zur Ausnutzung gelangenden Wasserkraft oder von der aus Wasserkraft erzeugten Elektrizität. Diese Art der Belastung steht – im Gegensatz zum Wasserzins – in keinem Zusammenhang mit dem Verfügungsrecht des Gemeinwesens über die Wasserkraft, trifft also auch die auf privatrechtlicher Grundlage zur Ausnutzung gelangenden Wasserkräfte und kann damit den Inhaber des privaten Wasserrechts von dessen Ausnutzung um so mehr abhalten, als er ja nicht wissen kann, ob nicht erst nach Erstellung des Werkes diese Steuer eingeführt oder eine bereits bestehende Steuer erhöht wird. Die gleiche Erwägung kann auch denjenigen von seinem Unternehmen abschrecken, der auf der öffentlich-rechtlichen Grundlage einer Verleihung eine Wasserkraft auszunutzen willens wäre.

Von diesen Erwägungen ausgehend hat die Bundesgesetzgebung auch der kantonalen Steuerhoheit hinsichtlich der Belastung der Wasserwerke eine Schranke gezogen. Für die auf *Verleihung* beruhenden Wasserwerke wird eine allfällige *Spezialsteuer* in dem Sinne in Beziehung gebracht mit dem Wasserzins, als beide Belastungen zusammen den bundesrechtlich vorgesehenen Höchstansatz von 6 Franken für die Brutto-Pferdekraft¹⁷⁸ nicht übersteigen dürfen.¹⁷⁹

Nach diesen allgemeinen Ausführungen zu Wasserzins und Wasserzinsmaximum, soll im Folgenden auf die eingangs erwähnten fünf Themen näher eingegangen werden.

6. ERHÖHUNG DES WASSERZINSMAXIMUMS

6.1 Einleitung

Die Erhöhung des zulässigen Wasserzinses (Wasserzinsmaximum) verlangt nach einer Änderung der aktuellen bundesrechtlichen Regelung. Im Vordergrund steht eine Änderung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, insbesondere von Art. 49 Abs. 1 Satz 1 WRG.

Heute gibt es ein einziges Wasserzinsmaximum. Es stellt sich die Frage, ob von dieser für sämtliche (abgabepflichtigen) Nutzungen grundsätzlich gleichen Abgabenregelung abgegangen werden soll. Eine Differenzierung des Wasserzinsmaximums wird insbesondere im Zusammenhang mit der Forderung nach Erhebung

¹⁷⁸ Heute CHF 80/kW Bruttoleistung; Art. 49 Abs. 1 WRG.

¹⁷⁹ Mutzner, Verfügungsrecht, 33 f.

eines Speicherzuschlages wieder aktuell, das heisst – mit anderen Worten – durch die Forderung nach der Wiedereinführung einer Qualitätsstufenregelung.

Eine zentrale Frage jeder Erhöhung des Wasserzinses ist die nach der Geltung für die betroffenen Nutzungen. Dabei ist die Geltung einer Erhöhung des Wasserzinses für neue oder erneuerte Konzessionen wenig problematisch.

Komplexer ist die Frage nach der Geltung einer Erhöhung des Wasserzinses für bestehende Konzessionen. Nach Art. 43 Abs. 1 WRG verschafft bei einer Verleihung mittels Konzession diese „dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers“.

Während bei gewissen bestehenden Nutzungen eine Erhöhung des Wasserzinses möglich ist, ist er bei anderen, bei denen die Höhe des Wasserzinses vom „wohlerworbenen Recht“ umfasst wird, ausgeschlossen.

Von Bedeutung sind ferner die Auswirkungen auf Grenzgewässer bzw. die Fragen, die in diesem Zusammenhang auftauchen, verpflichtet doch Art. 49 Abs. 1 Satz 3 WRG den Bund, im internationalen Verhältnis bei jeder Änderung des Wasserzinsmaximums für die „notwendige Abstimmung“ zu sorgen.

6.2 Weiter wie bisher

6.21 Grundsatz

Kilchenmann hält sich in seinem Gutachten zum Wasserzinsmaximum hinsichtlich der Erhöhung des Maximalsatzes sehr kurz: „Hierzu sind nicht viele Worte nötig. Der Bundesgesetzgeber kann den Höchstansatz periodisch anpassen. Das geltende Recht enthält keine Kriterien für solche Änderungen. Anpassungen müssen jedoch, um der Verfassung zu genügen, sachlich und ausgewogen begründet werden können. Ein einseitiges Abstellen auf ein Element, zum Beispiel um möglichst billige Strompreise zu erzielen oder um die Einnahmen der Kantone zu maximieren, würde diese Anforderung missachten.“¹⁸⁰

Geeignet zur Bestimmung eines angemessenen, möglichst gerechten Höchstansatzes sind die vom Bundesrat mit Leistungswert und Nutzwert bezeichneten Grundelemente. Neben dem Ausgleich des Kaufkraftverlustes können weitere, diesen Elementen zuzuordnende Gesichtspunkte zu einer sachlich vertretbaren, realen Wasserzinserhöhung führen. Im übrigen gilt für den Gesetzgeber der Grundsatz der Selbstbindung an die Verfassung. Bundesgesetze unterliegen keiner richterlichen Verfassungskontrolle (Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV [sc. heute Art. 191 BV]).“¹⁸⁰

¹⁸⁰ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 58.

Damit ist grundsätzlich das Allernötigste wirklich gesagt.

Auf den einen oder anderen Punkt soll trotzdem – und ebenfalls kurz – noch eingegangen werden.

6.22 Zuständigkeit gemäss Art. 76 Abs. 4 BV

Unbestritten ist, dass der Bundesgesetzgeber zuständig ist, ein Wasserzinsmaximum zu erlassen:¹⁸¹

„Aux termes de l'art. 76 al. 4 Cst. – qui a clarifié l'art. 24^{bis} al. 3 aCst. sans y apporter de changement matériel (...) –, les cantons disposent des ressources en eau et peuvent prélever, dans les limites prévues par la législation fédérale, une taxe pour leur utilisation. Les limites que doit prévoir la législation fédérale, selon la disposition constitutionnelle précitée, sont fixées à l'art. 49 LFH“.¹⁸²

Schon in der Botschaft zur ersten Erhöhung des Wasserzinsmaximums hatte der Bundesrat daher mit grosser Selbstverständlichkeit festgehalten, die Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet der Wasserzinse sei in der Bundesverfassung (damals Art. 24^{bis alt} aBV) festgelegt: „Daraus ergibt sich, dass die Bundesgesetzgebung den Kantonen bezüglich der von den Konzessionären von Wasserkräften geschuldeten Abgaben wohl Schranken festsetzen kann, dass aber diese Abgaben den Kantonen oder anderen, nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten gehören und dass diese Vorschrift auch gilt für die vom Bund erteilten Konzessionen.“¹⁸³

Und wer zuständig ist, „Schranken“ für die kantonalen Wasserzinsen zu erlassen, der ist auch zuständig, diese zu verändern. Seit dem Erlass des Wasserrechtsgesetzes hat der Gesetzgeber das Wasserzinsmaximum mehrmals erhöht.

6.23 Bisherige Erhöhungen des Wasserzinsmaximums

Beim Erlass des Wasserrechtsgesetzes im Jahre 1916 wurde der Wasserzins auf maximal 6 Franken jährlich für die Bruttonferdekraft festgesetzt.¹⁸⁴

Ende der 40er, anfangs der 50er Jahre mehrten sich die parlamentarischen Vorstösse, die eine Erhöhung des Wasserzinses beliebt machen wollten.

¹⁸¹ Vgl. auch Ziff. 5.1.

¹⁸² BGE 128 II 112, E. 4a; Grande Dixence.

¹⁸³ Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 566 f.

¹⁸⁴ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2140. Ebenso Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1444, Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997.

Auf das Postulat von Nationalrat Kuntschen aus dem Jahre 1947, der (gemäss Art. 49 WRG) nach wie vor auf „sechs Franken für die Bruttofederdekkraft (75 Meterkilogramm in der Sekunde)“ beschränkte Wasserzins sei „auf zehn Franken zu erhöhen“, da in den letzten mehr als zwanzig Jahren die Kosten sich allenthalben derart erhöht hätten, „dass dieses Maximum, von der allgemeinen Wirtschaftslage aus gesehen, ungenügend geworden“ sei, hatte der Bundesrat in seinem Geschäftsbericht 1949 vorerst noch ablehnend reagiert: „Mit Rücksicht auf den Zeitpunkt, da der höchste Ansatz des Wasserzinses festgelegt wurde, könnte sich eine Erhöhung desselben rechtfertigen. Man muss jedoch befürchten, dass ein Anwachsen der Lasten der Elektrizitätsunternehmen ein allgemeines Steigen der Detailpreise der Energie zur Folge hätte“, weshalb zum jetzigen Zeitpunkt auf eine Erhöhung zu verzichten sei.¹⁸⁵

Da die Räte das Postulat jedoch nicht abzuschreiben gewillt waren, befasste sich der Bundesrat 1951 mit einer möglichen Erhöhung des Wasserzinses.

Nachdem er den Zweck der Beschränkung des Wasserzinses nochmals hervorgehoben hatte – die Höhe des Zinses soll die Erschliessung der Wasserkräfte nicht behindern¹⁸⁶ – befasst er sich mit den in den Artikeln 49 ff. WRG gesetzten Schranken: Die in Art. 49 Abs. 1 WRG vorgesehenen sechs Franken pro Bruttofederdekkraft (75 Meterkilogramm in der Sekunde) hätten bei Erlass des Gesetzes dem nur in einigen wenigen Kantonen angewendeten Höchstwert entsprochen und dieses Maximum sei „verhältnismässig hoch“ gewesen.

An der angemessenen Reduktion des Wasserzinses für Unternehmung, die mit grossen Kosten ein Speicherbecken erstellten (Art. 49 Abs. 2 WRG), wollte der Bundesrat festhalten, sei der Bau von Kraftwerken dieser Art doch besonders erwünscht und es daher logisch, dass das Gesetz ihre Erstellung begünstige.

Ebenfalls beibehalten wollte der Bundesrat das Verbot besonderer Steuern (Art. 49 Abs. 3 WRG), die die Belastung über das Wasserzinsmaximum hinaus erhöhten.¹⁸⁷

Seiner Ansicht nach hatte sich der Grundsatz der Beschränkung des Wasserzinses „in der Praxis als wohl begründet erwiesen und günstig ausgewirkt“. Und im Umstand, dass der vom Gesetz vorgeschriebene, feste Höchstansatz von den wirtschaftlichen Schwankungen unabhängig sei, sah er „ein Element der Rechtsicherheit.“¹⁸⁸

Der Bundesrat sah daher keine Gefahr, „dass die vorgeschlagene Erhöhung einen ungünstigen Einfluss auf die gegenwärtig erfreuliche Entwicklung auf dem Gebiete der Nutzbarmachung brachliegender Wasserkräfte haben kann. Die Gemeinwesen, welche über solche Wasserkräfte noch verfügen, haben in der Tat wenig

¹⁸⁵ Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 565 f.

¹⁸⁶ Vgl. Ziff. 5.3.

¹⁸⁷ Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 567 f.

¹⁸⁸ Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 570.

Interesse daran, deren Ausnutzung mit Wasserzinsen zu belasten, die geeignet wären, den Zeitpunkt, wo sie daraus Nutzen ziehen werden, hinauszuschieben.

Vom Gesichtspunkt der konzedierenden Gemeinwesen aus gesehen, ist die Erhöhung der Wasserzinse um so wünschenswerter, als letztere oft einen wichtigen Teil der Einnahmequellen dieser Gemeinwesen, besonders in Gebirgsgegenden, bilden. Nun sind es gerade diese Gemeinwesen, welche immer bedeutendere Lasten auf sich nehmen müssen, insbesondere für Korrektion und Unterhalt von Gewässern, also für Aufgaben, die in direkter Beziehung zur Wasserwirtschaft stehen. Im allgemeinen sind nicht die Gebirgsgemeinden die Nutzniesser der Abgaben an die öffentlichen Kassen, die von den Unternehmungen, welche die in unseren Bergen produzierte Energie an die Verbraucher verteilen, geleistet werden. Die grossen Einnahmen aus dieser Verteilung werden gerade in den Städten und anderen volkreichen und industriellen Landesgegenden erzielt. Es entspricht daher der Billigkeit, den Bergkantonen und -gemeinden, die ihre Wasserkräfte zum Wohle des ganzen Landes zur Verfügung stellen, zu ermöglichen, vermehrten Nutzen aus dem für die Elektrizitätswirtschaft unentbehrlichen Rohstoff zu ziehen.

Die vorgeschlagene Anpassung des Höchstansatzes der jährlichen Wasserzinse entspricht der Billigkeit. Überdies lassen die Grenzen, in denen sie sich wird auswirken können, den Schluss zu, dass sie keine Rückwirkungen haben wird, die für sich allein ein sofortiges allgemeines Ansteigen der Detailverkaufspreise der Energie rechtfertigen.“¹⁸⁹

So wurde mit Gesetz vom 20. Juni 1952 das Wasserzinsmaximum ein erstes Mal erhöht. Vier weitere Erhöhungen sollten folgen.¹⁹⁰

- Der Maximalansatz wurde mit Wirkung ab 1. Januar 1953 von 6 auf 10 Franken pro Brutto-Pferdestärke erhöht. Gleichzeitig wurden die sogenannten Qualitätsstufen eingeführt: „Danach war der Höchstansatz in Abhängigkeit von der zeitlichen Verfügbarkeit der Wasserkräfte bis auf sechs Franken herabzusetzen. Die abgestuften Maximalansätze sollten der unterschiedlichen Qualität und Wertigkeit der vorhandenen Wasserkräfte Rechnung tragen. Mit den differenzierten Ansätzen diente diese Regelung der Förderung der Wasserkraftnutzung und nicht den fiskalischen Interessen der Kantone.“
- Die zweite Anpassung mit einer Erhöhung auf zwölf Franken fünfzig pro BruttoPS trat am 1. Juli 1968 in Kraft. Sie erfolgte stufenweise über drei Jahre.
- Die dritte Anpassung auf den 1. Januar 1977 brachte eine Erhöhung auf zwanzig Franken pro BruttoPS. Sie wurde in einem Schritt vorgenommen. Be-

¹⁸⁹ Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 574.

¹⁹⁰ Vgl. zur historischen Entwicklung des Wasserzinsmaximums die Botschaften WRG 1951, BBI 1951 III 570 ff.; WRG 1975, BBI 1975 II 2140; WRG 1984, BBI 1984 III 1444 f.; WRG 1995, BBI 1995 IV 997 f.

strebungen zur Aufhebung der Qualitätsstufen wurden abgelehnt, ebenso verwarf man das Bestreben, die Kompetenz, das Wasserzinsmaximum künftig selber den veränderten Verhältnissen anpassen zu können, an den Bundesrat zu delegieren.

- Die vierte Anpassung trat auf den 1. Januar 1986 in Kraft. Nach breit angelegten Diskussionen hatten sich die Befürworter einer erheblichen Wasserzinserhöhung durchgesetzt. Der bisherige Maximalansatz wurde verdoppelt; gleichzeitig wurde von Pferdestärken (PS) auf Kilowatt (kW) Bruttoleistung umgestellt, was 54 Franken pro Bruttokilowatt ergab. Die Anhebung erfolgte in drei Stufen über vier Jahre. Die 1953 eingeführten Qualitätsstufen wurden wieder abgeschafft. Dies bewirkte eine Streichung der reduzierten Höchstsätze und bedeutete zusätzliche Einnahmen für die Gemeinwesen sowie eine Vereinfachung der Wasserzinsberechnung. Erneut abgelehnt wurde die Kompetenzdelegation an den Bundesrat. Zudem wurde erstmals das Bestehen des bundesrechtlichen Maximums deutlich in Frage gestellt.
- Die fünfte Anpassung erfolgte auf den 1. Mai 1997. Der Höchstansatz wurde um knapp 50 Prozent auf 80 Franken pro Bruttokilowatt erhöht. Äußerst knapp abgelehnt wurde ein Speicherzuschlag, der von den Gebirgskantonen in die Diskussion gebracht worden war. Vom Wasserzins befreit wurden die Kleinwasserkraftwerke bis 1000 kW Bruttoleistung. Neu kann der Bund vom jährlichen Wasserzins einen Anteil bis zu einem Franken pro kW Bruttoleistung beanspruchen, um Kantonen und Gemeinden, welche aus Gründen des Landschaftsschutzes auf einzelne Wasserkraftnutzungen verzichten, Ausgleichszahlungen auszurichten. Nicht durchsetzen konnten sich Anträge, die das Wasserzinsmaximum liberalisieren bzw. den bundesrechtlichen Höchstansatz aufheben wollten.“¹⁹¹

6.24 Gründe für und gegen eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums

Gründe, die für oder gegen eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums sprechen, sind zahlreich. Sigg und Röthlisberger haben in ihrer Schrift zum Wasserzins die wichtigsten Gründe, die in den Auseinandersetzungen um die Erhöhung des Wasserzinsmaximums in den Jahren 1952, 1967, 1976, 1985 und 1996 vorgebracht wurden, zusammengestellt:

„Pro:

- der Schweizer Franken habe als Folge der allgemeinen Preissteigerung an Kaufkraft verloren
- der Realwert des Wasserzinsmaximums habe sich vermindert

¹⁹¹ Sigg/Röthlisberger 12 f.

- der Wasserzins sei eine wichtige Einnahmequelle der konzessionierenden Gemeinwesen, besonders in Gebirgsgegenden
- der Wasserzins sei ein Akt der schweizerischen Solidarität zu Gunsten der wirtschaftlich benachteiligten Kantone
- der Wasserzins sei eine angemessene Entschädigung der verleihungsberechtigten Gemeinwesen dafür, dass sie die Ressource Wasserkraft zur Verfügung stellen
- der Wasserzins sei ein Ausgleich für die Gewinnverschiebungen der Elektrizitätswirtschaft von den Produktions- in die Verbraucherkantone

Contra:

- die den Kraftwerksbetreibern zumutbare Belastung mit Abgaben sei erreicht
- ein blass moderater Anstieg des Wasserzinses diene der Bekämpfung der Teuerung
- die verfassungsmässige Ordnung bezwecke, die Verwertung der Wasserkraft zu fördern.

Anlässlich der vierten Erhöhung des Wasserzinsmaximums 1985 kamen weitere Argumente ins Spiel:

- der Energieträger Wasserkraft sei zu billig
- der Strompreis sei im Vergleich zu anderen Energiepreisen zu tief.¹⁹²

Welche Interessen und Argumente in den Beratungen der verschiedenen Revisionen des Wasserrechtsgesetzes jeweils vorgebracht wurden, ist möglicherweise grundsätzlich von fast geringerer Bedeutung als der Umstand, dass sich eine Vielzahl oft divergierender Interessen gegenüber stehen, denen bei der Bestimmung des Wasserzinsmaximums – gemäss ihrer Relevanz und ihrem Gewicht – vom Gesetzgeber im Rahmen seiner Aufgabe, den insbesondere in Art. 76 BV verankerten verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, Beachtung geschenkt werden muss.

Ein besonders virulentes Problem ist jenes des *Teuerungsausgleiches*, das zur Begründung einer Erhöhung des Wasserzinsmaximums mit grosser Regelmässigkeit geltend gemacht wurde und wird. Wie im Kapitel über die Möglichkeit einer Indexierung des Wasserzinsmaximums dargelegt,¹⁹³ hat sich gezeigt, dass sich das Ausmass der Erhöhung nicht rein mathematisch aus irgendwelchen Grössen ableiten lässt. Ebenso wenig liessen sich die vielen, teils einander widerspre-

¹⁹² Sigg/Röthlisberger 13. Ausführlich zu Pro-und-Kontra-Gründen insbesondere Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2145 ff.

¹⁹³ Vgl. Ziff. 7.

chenden Faktoren, die in die Bestimmung des Wasserzinsmaximums einfließen, bisher in einer allseits anerkannten Indexierungsformel auffangen. Und gerade weil „es so schwierig ist, ein angemessenes Wasserzinsmaximum festzulegen, haben es die eidgenössischen Räte bisher als ihre Aufgabe angesehen, dessen Höhe – unabhängig von irgendwelchen Preisentwicklungsskalen – auf Grund politischer Abwägungen der verschiedenen Interessen festzusetzen.“¹⁹⁴

6.25 Zur Höhe des Wasserzinses

Die Verfassung verlangt lediglich, *dass* der Bundesgesetzgeber den kantonalen Wasserabgaben „Schranken“ setze. Sie gibt jedoch keinen direkten Hinweis darauf, *wie hoch* der Wasserzins maximal sein darf. Diese Obergrenze muss der Gesetzgeber selber finden. Er hat sich dabei von der Verfassung, den Verfassungsinteressen leiten zu lassen. Wie im Kapitel zu Ziel und Zweck des Wasserzinsmaximums erläutert,¹⁹⁵ ist das Interesse an der Förderung der Nutzung der Wasserkraft von grosser, wenn auch im Verlauf der Jahrzehnte geringer gewordener Bedeutung, da unterdessen ein Grossteil der nutzbaren Wasserkräfte bereits genutzt werden.

So führte der Bundesrat in seiner Botschaft zur Teilrevision des Wasserrechtsge- setzes aus dem Jahre 1995 aus:

„Der Zweck des Wasserzinsmaximums wurde von Anfang an darin gesehen, einen Ausgleich zwischen der Förderung der Nutzung der einheimischen Wasserkräfte sowie der preisgünstigen Elektrizitätserzeugung und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen zu schaffen.“

Die Einführung und Entwicklung des Wasserzinsmaximums zeigt, dass bei sämtlichen Änderungen der Wasserzinse jeweils um eine politisch ausgewogene Kom- promisslösung gerungen werden musste. (...)

Die politischen Akzente haben sich zwar mit der insgesamt zunehmenden Belastung des Lebensraumes verschoben. Der Schutz von Landschaft und Umwelt wird heute der energiewirtschaftlichen Bedeutung der Wasserkraft als gleichwertig gegenübergestellt. Grundsätzlich ist der Wasserzins eine Ausgleichsgröße geblieben. Die Interessenabwägung gestaltet sich aber wegen der Zunahme der zu berücksichtigenden Faktoren schwieriger.“¹⁹⁶

Angeleitet durch diese hier in groben Strichen wiedergegebene Zwecksetzung des Wasserzinsmaximums muss der Gesetzgeber entscheiden, „wie hoch“ zu einem gegebenen Zeitpunkt dieser Höchstsatz ausfallen darf oder muss. Allerdings

¹⁹⁴ Sigg/Röthlisberger 13.

¹⁹⁵ Vgl. Ziff. 5.3.

¹⁹⁶ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998.

lässt sich das Ausmass der „richtigen“ Erhöhung des Wasserzinses nicht aus irgendwelchen in Gesetz oder Verfassung niedergelegten „fixen“ oder „griffigen“, Grössen ableiten. Wie im Rahmen der Diskussion der Indexierung des Wasserzinsmaximums hervorgehoben, kann auch *nicht nur* auf ein einziges Kriterium, wie etwa „die Teuerung“ – die zu bestimmen bereits ein schwieriges Geschäft ist – abgestellt werden. Das zeigte sich schon bei früheren Diskussionen über die Erhöhung des Wasserzinsmaximums. Das Ausmass der Erhöhung des Wasserzinses ist, wie der Bundesrat festhielt, „von den politischen Behörden letztlich unabhängig von diesen Preisentwicklungsskalen zu bestimmen“ – unabhängig, aber trotzdem „unter Berücksichtigung“ auch des Teuerungsaspekts.¹⁹⁷

Allerdings gibt es für das je vom Gesetzgeber beschlossene Wasserzinsmaximum keine wissenschaftliche Begründung. Vielmehr geht es, wie Bundesrat Leuenberger ausführte, „um den Kompromiss, den wir als angemessen betrachten – um einen Kompromiss, der sowohl für die Gebirgskantone als auch für die Wirtschaft zumutbar ist.“¹⁹⁸

Im Ständerat hielt der Berichterstatter Plattner fest: „Es ist festzuhalten, dass es keine Methode gibt, um den richtigen Wasserzins zu beweisen, sondern es ist eine Frage des Ermessens. Es ist selbstverständlich wahr – und daran hat die Kommissionsmehrheit auch festgehalten –, dass es viel grössere andere Beiträge zu den Elektrizitätspreisen gibt als den Wasserzins. Das kann aber natürlich nicht heissen, dass man den Wasserzins einfach beliebig erhöhen kann.“¹⁹⁹

Lässt sich somit ohnehin nicht berechnen, welches der richtige Wasserzins ist,²⁰⁰ so bleibt dem Gesetzgeber nichts anderes übrig, als nach bestem Wissen und Gewissen eine Abwägung der relevanten (Verfassung-)Interessen vorzunehmen und diese gleichsam in einer Zahl dingfest zu machen – sofern er am heutigen System einer zahlenmässigen Bestimmung des Maximums festhalten will, wofür es gute Gründe gibt.²⁰¹

6.26 Die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ von Wasserzinserhöhungen

Ein wichtiges, je und je zu konkretisierendes Kriterium zur Bestimmung der adäquaten Höhe des Wasserzinsmaximums ist sicherlich die wirtschaftliche Tragbarkeit des Zinses für die betroffenen Werke. Schon der Verfassungsauftrag von Art. 76 BV – in all seinen Facetten – zwingt den Gesetzgeber, dazu Sorge zu tragen, dass durch die Höhe des Wasserzinses die Nutzung der Wasserkraft nicht unnötig behindert wird. Der Zins darf nicht so hoch ausfallen, „dass die Nutzung der Wasserkraft zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verunmöglicht“ wür-

¹⁹⁷ Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1448.

¹⁹⁸ Amtl. Bull. NR 1996 1089.

¹⁹⁹ Amtl. Bull. SR 1996 100.

²⁰⁰ Amtl. Bull. SR 1996 103.

²⁰¹ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 1001. Vgl. auch Ziff. 8.

de.²⁰²

Wie Blunschy in ihrem Aufsatz zum Fall „KW Oberhasli“ hervorhebt, ist die Bestimmung des wirtschaftlich Tragbaren wiederum ein unter Umständen komplexes Geschäft: „Interessant sind zudem die Ausführungen des (sc. bernischen) Verwaltungsgerichts²⁰³ zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit. «Wirtschaftlich zumutbar ist allenfalls nicht nur der Teuerungsausgleich. Vielmehr können z.B. gewandelte Anschauungen zum gesellschaftlichen ‚Wert‘ des Landschaftsverbrauchs und der Umweltveränderungen, welche Wasserkraftwerke mit sich bringen, zu einer Erhöhung des Wasserzinses führen.» Im Rahmen des erwähnten Verfahrens hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass hinsichtlich des Wasserzinses die gesetzgebende Behörde (das Bundesparlament) mit der Neufestlegung des Wasserzinsmaximums die Obergrenze des Zumutbaren in allgemeiner Weise festgelegt habe. Daraus folge, dass die Erhöhung jedenfalls als wirtschaftlich tragbar zu betrachten sei. Schliesslich wurde festgehalten, dass die wirtschaftliche Zumutbarkeit bei einem Betrieb, der (noch) nicht dem Markt ausgesetzt ist, sondern seine Aufwendungen ohne erheblichen Konkurrenzdruck mittels Gebühren zumindest indirekt auf die KonsumentInnen abwälzen könne, anders zu beurteilen ist als bei einem Betrieb, der in einem Konkurrenzverhältnis zu andern AnbieterInnen steht, welche bei wesentlich niedrigerem Wasserzins eine bessere Ausgangslage haben.“²⁰⁴

6.3 Zu beachten

6.31 Erhöhung des Wasserzinsmaximums trotz wohlerworbener Rechte?

Stellt sich die Frage, ob bei einer bestehenden Nutzung/Konzession eine Erhöhung des Wasserzinses überhaupt möglich ist – oder ob der Konzessionär sich darauf berufen kann, vor Ablauf der Konzession dürfe von ihm kein höherer Zins verlangt werden, denn schliesslich habe er ein „wohlerworbenes Recht“ auf die Nutzung des Gewässers zu genau den in der Konzession verankerten Bedingungen: „nach Massgabe des Verleihungsaktes“, wie es in Art. 43 Abs. 1 WRG heisst.²⁰⁵

So wies der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Wasserrechtsgesetzes aus dem Jahre 1975 darauf hin, „dass in vielen älteren Konzessionen der Wasserzins auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist. Nach der Praxis des Bun-

²⁰² BGE 119 Ib 254, E. 5a, auch abgedruckt in URP 1993, 403 ff., hier 412 f.

²⁰³ Urteil vom 14. September 1998 betreffend Wasserzins; Nr. 20359U; vgl. dazu BGE 126 II 171, KW Oberhasli.

²⁰⁴ Blunschy, wohlerworbene Wasserkraftrechte, 771.

²⁰⁵ Vgl. vorne . 5.7.

desgerichtetes haben sich die Verleihungsbehörden an diese konzessionsmässig festgelegten Bedingungen zu halten, da es sich um wohlerworbene Rechte handelt, die während der Dauer der Konzession gegenüber der Verleihungsbehörde Bestand haben.“²⁰⁶

Ob trotz eines wohlerworbenen Rechts eine Erhöhung des Wasserzinses möglich ist, das ist also primär vom Verleihungsakt/der Konzession und/oder der kantonalen Gesetzgebung zur Zeit der Verleihung abhängig. Wurde am einen oder anderen bzw. an beiden Orten klarerweise geregelt,²⁰⁷ künftige Veränderungen/Erhöhungen des Wasserzinses seien auch vom Konzessionär zu tragen, dann stellt eine Erhöhung des Wasserzinses keine Verletzung eines wohlerworbenen Rechtes dar bzw. umfasst das wohlerworbene Recht die Ausgestaltung des Wasserzinses nicht.²⁰⁸

Fehlt es an solch ausdrücklicher Bezugnahme auf die Veränderbarkeit des Wasserzinses, dann sind Erhöhungen während der Laufzeit einer bestehenden Verleihung kaum möglich:

„Eine Erhöhung des Wasserzinses wird nur nach dem Willen der Kantone oder anderen nach dem kantonalen Recht Berechtigten eintreten, insofern die bestehenden Verleihungen damit nicht in Widerspruch stehen. Denn durch die Verleihung hat jeder Beliebene nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht erworben, das nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden kann. Diesen Grundsatz drückt Artikel 43 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte aus. Er entspricht einem allgemein anerkannten Rechtsbegriff, der einen Bestandteil unseres ordre public bildet. Deshalb kann in diesem Punkt dem Vorschlag von Herrn Nationalrat Kuntschen, wonach sich die Erhöhung des Höchstansatzes auf bestehende Verleihungen ebenso auswirken müsste wie auf künftige, nicht die gewünschte Folge gegeben werden. Indessen sind die Fälle ziemlich zahlreich, bei denen die Verleihungsbehörde bei der Konzessionserteilung die Möglichkeit vorbehalten²⁰⁹ hat, den jährlichen Wasserzins, sei es periodisch, sei es in den vom kantonalen Recht vorgesehenen Fällen oder sogar im Falle einer Erhöhung des durch die Bundesgesetzgebung festgesetzten Höchstansatzes, zu revidieren, so dass hier die Erhöhung sukzessiv wird erfolgen können.“²¹⁰

Dass ein verleihendes Gemeinwesen nicht einseitig und nach Belieben die Höhe des Wasserzinses verändern kann, hat das Bundesgericht unter anderem mit dem Hinweise auf die vertragsähnlichen Elemente jeder Konzession begründet: Bei einer Erhöhung der dem Konzessionär auferlegten finanziellen Leistungen steht „unmittelbar das Leistungsverhältnis zwischen dem verleihenden Gemein-

²⁰⁶ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2143.

²⁰⁷ Jagmetti, Energierecht, 507, Rz. 4535; m.w.H.

²⁰⁸ Jagmetti, Energierecht, 493, Rz. 4506; m.w.H.

²⁰⁹ Zum Vorbehalt vgl. Ziff. 5.76.1.

²¹⁰ Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 572.

wesen und dem Konzessionär in Frage. Schon in einem wenige Jahre nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gefällten Urteil hat das Bundesgericht die Kürzung der Konzessionsdauer durch Gesetzesänderung als Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts qualifiziert, weil dadurch der Umfang des verliehenen Rechts betroffen ist (BGE 49 I 555 E. 3 S. 584 f.). Das Gleiche trifft grundsätzlich auf die Höhe des Wasserzinses zu. Durch die Konzession wird ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Konzessionärs begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar. Die konzessionierte Unternehmung erstellt auf Grund der Konzession ein Werk mit regelmäßig beträchtlichen Investitionen, deren Rentabilität über die ganze Konzessionsdauer sich nicht kalkulieren lässt, wenn nicht Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession besteht. Daraus ergibt sich, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abgehen und die den Konzessionär treffenden Lasten zu seinen Gunsten erhöhen kann (BGE 57 I 329 E. 2 S. 335; KLETT, a.a.O., S. 55), abgesehen davon, dass Glaubwürdigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Staates leiden würden, wenn der Staat sich über getroffene Vereinbarungen beliebig hinwegsetzen könnte.“²¹¹

6.32 Umsetzung ins kantonale Recht

Hinzuweisen ist auf den Umstand, dass eine Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums nicht automatisch einer Erhöhung eines kantonalen Wasserzinsmaximums gleich kommt. In welcher Art und Weise jene auf kantonaler Ebene Wirkung hat, ist abhängig von der kantonalen Rechtsordnung bzw. dem Wortlaut der Konzession: „Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz, wobei zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen vom Gesetz selber bestimmt werden müssen (BGE 128 II 112 E. 5a S. 117; 125 I 182 E. 4a S. 193; 124 I 11 E. 6a S. 19, mit Hinweisen). Das aargauische Recht sieht in § 2 Abs. 1 des kantonalen Dekrets vom 24. Oktober 1995 über die Gebühren für die Nutzung der Wasserkraft (SAR 763.150) vor, dass der jährlich zu entrichtende Wasserzins Fr. 54.-- pro BkW beträgt. Absatz 2 derselben Bestimmung schreibt vor, dass der Wasserzinssatz vom Regierungsrat jeweils durch Verordnung dem bundesrechtlich zulässigen Höchstansatz anzupassen sei, was mit der Erhöhung des Wasserzinses auf Fr. 80.-- pro BkW durch die regierungsrätliche Verordnung vom 22. April 1997 über den Wasserzins (SAR 763.151) geschehen ist. Das Bundesgericht hat bereits entschieden, dass ein solcher Verweis auf das bundesrechtlich vorgesehene Wasserzinsmaximum zu-

²¹¹ BGE 126 II 171, E. 4 b; KW Oberhasli. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 31 ff., Rz. 55, 58. Mutzner, Verfügungsrecht, 15, hatte schon 1928 festgehalten, es dürften „auch diejenigen, die im Vertrauen auf eine früher geltende Rechtsordnung Rechte erworben haben, in diesem Vertrauen nicht getäuscht werden. Ihre Rechte sollen geschützt oder sie sollen für den Verlust angemessen entschädigt werden“.

lässig ist (BGE 128 II 112 E. 7 und 8 sowie nicht publizierte E. 5b von BGE 126 II 171 = Urteil 2A.517/1998 i.S. Kraftwerke Oberhasli vom 13. April 2000)."²¹²

6.33 Beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips

Erinnert sei daran, dass der Wasserzins der Preis der Ressource „Wasserkraft“ ist. Dieser bestimmt sich nicht wie eine „normale“ Kausalabgabe gleichsam durch den „Wert“ der vom Gemeinwesen erbrachten Leistung. Daher fanden auch die beschwerdeführenden Kraftwerke, die bei einer Erhöhung des Wasserzinses auf 80 Franken pro Bruttokilowatt das Äquivalenzprinzip als verletzt erachteten, vor dem Bundesgericht kein Gehör: „Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV) für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 128 I 46 E. 4a S. 52; 101 Ib 462 E. 3b S. 468). Allerdings hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass das Äquivalenzprinzip bei Regalgebühren, die auch fiskalischen Zielen dienen dürfen, nur beschränkt Anwendung finden kann (BGE 119 Ia 123 E. 3c S. 130 f.). Es kommt hinzu, dass es sich beim bundesrechtlichen Höchstansatz um die Belastungsgrenze handelt, welche nach Auffassung des Bundesgesetzgebers den Kraftwerken zugemutet werden darf (nicht publizierte E. 5 von BGE 126 II 171 = Urteil 2A.517/1998 i.S. Kraftwerke Oberhasli vom 13. April 2000).“

Zudem ist – solange ein bundesrechtliches Wasserzinsmaximum in heutiger Form beibehalten wird, „das Bundesgericht aber an die Bundesgesetzgebung gebunden ... (Art. 191 BV)“, so dass „für eine weitere Überprüfung des Wasserzinses unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit bzw. des Äquivalenzprinzips kein Raum“ bleibt.²¹³

6.34 Internationale Verhältnisse

Träger der Gewässerhoheit sind die Kantone. Steht die Nutzung von Gewässerstrecken zur Diskussion, die die Landesgrenze berühren, kommen dem Bund bestimmte Rechte zu. Gemäss Art. 76 Abs. 5 BV bestimmt der Bund über „Rechte an internationalen Wasservorkommen und damit verbundene Abgaben“, und zwar „unter Bezug der betroffenen Kantone“.²¹⁴ Entsprechend heisst es unter

²¹² BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3. Näheres in Ziff. 6.2, 6.32.

²¹³ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.4.

²¹⁴ „Les eaux ne s'arrêtent en général pas aux frontières, ni cantonales, ni nationales. Aussi le droit international joue-t-il en la matière un rôle important. De ce fait, en dérogation à la règle du droit de disposition des cantons, la Constitution réserve la compétence de la Confédération de statuer sur les eaux qui intéressent, en plus de la Suisse, d'autres Etats“, Mahon 617, Rz. 18.

der Marginalie „Rechte des Bundes – Bei internationalen Gewässern“ in Art. 7 WRG:

„Bei Gewässerstrecken, welche die Landesgrenze berühren, steht es dem Departement zu, nach Anhörung der beteiligten Kantone die Nutzungsrechte zu begründen oder die Nutzbarmachung der Wasserkräfte durch den Verfügungsberechtigten selbst zu bewilligen.“

Art. 49 Abs. 1 Satz 3 WRG verpflichtet den Bund, im internationalen Verhältnis „bei jeder Änderung des Wasserzinsmaximums für die notwendige Abstimmung“ zu sorgen. Und schliesslich hat gemäss Art. 52 WRG das Departement in den Fällen, in denen es die Konzession erteilt, „nach Anhörung der beteiligten Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung die ihnen zu entrichtenden Leistungen“ zu bestimmen.

Es stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums auf Konzessionen an solchen „internationalen Gewässern“ hat. Müssen die Konzessionäre Erhöhungen ihres Wasserzinses ohne weiteres akzeptieren? Nein, nicht „ohne weiteres“, aber grundsätzlich schon:

Der Wasserzins steht, wie gezeigt wurde, grundsätzlich dem Träger der Gewässerhoheit zu, was auch für Kraftwerke an Grenzgewässern gelte: „Bei Bundeskonzessionen legt das Departement die den Kantonen zu entrichtenden Leistungen fest, die von den Kantonen der Entwicklung angepasst werden können, wenn die Konzession eine entsprechende Klausel enthält.“²¹⁵

Hingewiesen ist damit auf die Thematik der wohlerworbenen Rechte, deren Schutz (des Status quo) jedoch nur greift, wenn es an einer entsprechenden spezifischen Klausel bzw. einem klaren Vorbehalt *fehlt*, der den Wasserzins in seiner Höhe von der besonders geschützten Position der Unabänderlichkeit ausnimmt. In einem solchen Fall kann dieser nicht (ohne Entschädigung; Art. 43 Abs. 2 WRG) erhöht werden. Ist seine Höhe jedoch Kraft eines entsprechenden spezifischen Vorbehaltes *nicht* Teil des durch die Konzession wohlerworbenen Rechts, ist eine Erhöhung grundsätzlich möglich – allerdings muss, wie gleich noch zu skizzieren ist, die Erhöhung eine beidseitige (oder gar mehrseitige) sein:

„Abs. 5 nimmt als weitere Einschränkung der kantonalen Gewässerhoheit die bisherige Regelung von Art. 24^{bis} ABV auf. Handelt es sich *aufgrund des Grenzverlaufs* (...) um *Rechte an internationalen Wasservorkommen*, ist der Bund entsprechend seiner Kompetenz für auswärtige Angelegenheiten (Art. 54) für Rechtsetzung und Rechtsanwendung (insb. auch für den Abschluss von Staatsverträgen, die Erteilung von Wassernutzungskonzessionen und die Festsetzung der den Kantonen zustehenden Abgaben) zuständig, wobei die Kantone jedoch einzubeziehen sind“; Marti 1376, Rz. 24.

²¹⁵ Jagmetti, Energierecht, 507, Rz. 4536. Ebenso BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3: „Zwar legen bei internationalen Gewässern die Bundesbehörden (Art. 52 in Verbindung mit Art. 7 WRG) die den Kantonen zukommenden Leistungen fest, was aber nichts an der kantonalen Wasserhoheit ändert.“ Vgl. auch Mahon 617, Rz. 18: „... c'est à eux (sc. die Kantone) que reviennent les redevances fixées par la Confédération“.

Eine bloss von schweizerischer Seite verfügte Erhöhung verpflichtet die ein Grenzgewässer nutzenden Konzessionäre nicht.

In den unter anderen das KW Reckingen betreffenden relativ neueren Entscheidungen zu Wasserkraftwerken am Hochrhein hat das Bundesgericht ausgeführt, was mit der „notwendigen Abstimmung“ gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 3 gemeint ist:²¹⁶

Verschiedene Konzessionäre hatten sich Ende der 90er Jahre gegen eine Erhöhung des Wasserzinses von 54 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung auf den heute noch aktuellen Stand von 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung durch die Kantone Zürich bzw. Aargau zur Wehr gesetzt. Unter anderem hatten sie moniert, es fehle an der von Art. 49 Abs. 1 WRG verlangten „notwendigen“ Abstimmung der Erhöhung mit dem Lande Baden-Württemberg; die beiden Kantone könnten nicht blos einseitig eine Erhöhung verfügen.

Das Bundesgericht schützte die Beschwerden und führte mit Bezug auf die französischen und italienischen Fassungen der Gesetzesbestimmungen aus: „Hier wird klar gesagt, dass im internationalen Verhältnis jede Änderung des Wasserzinsmaximums Gegenstand eines «accord international» bzw. eines «accordo internazionale» sein soll, wofür der Bund besorgt sein soll.“²¹⁷ Mit den Begriffen „accord“ bzw. „accordo“ sei nicht notwendigerweise ein völkerrechtlicher Vertrag gemeint. Der Begriff werde auch für mündliche Abmachungen, ja selbst für die blosse Übereinstimmung in den Auffassungen verwendet: „Im vorliegenden Kontext erscheint daher als hinreichend, zugleich aber notwendig, dass für die Wasserzinserhöhung soweit Übereinstimmung erzielt wird, dass der beteiligte andere Staat jedenfalls keine Einwendungen gegen die Erhöhung erhebt und sich damit abfindet.“²¹⁸

Leitend ist dabei der Gedanke, dass die einseitige Verfügung eines Uferstaates über seine Konzession dann ausgeschlossen ist, wenn diese zu einer Schädigung des anderen Staates führen würde.²¹⁹ Keiner der beteiligten Staaten ist gemäss Bundesgericht danach befugt, einseitige Massnahmen zu treffen, welche die Situation des Konzessionärs verändern, ohne dass der andere Staat damit einverstanden ist. Und was nun insbesondere die Abgaben betrifft, „so ist die gleichmässige fiskalische Belastung durch die beiden Uferstaaten für diese von hervorragender Bedeutung“: „Für das Verhältnis zwischen den beiden Staaten kann ... nicht unterstellt werden, dass es im Belieben der schweizerischen Seite läge, die Wasserzinsen zu erhöhen. Aufgrund des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses ist vielmehr anzunehmen, dass sich die beiden Staaten bei einem solchen Schritt verständigen würden. (...) Dass die Wasserzinsen einseitig von einem Staat ohne Absprache mit dem anderen festgelegt werden könnten, widersprüche somit dem Sinn und Geist der geübten langjährigen Praxis der Wasserkraftnutzung am Hochrhein. Die Schweizerische Eidgenossenschaft erachtet diese für

²¹⁶ Vgl. auch Marti 1376, Rz. 24; m.w.H.

²¹⁷ BGE 129 II 114, E. 3.2, Reckingen II.

²¹⁸ BGE 129 II 114, E. 3.3.

²¹⁹ Bericht Rheinau-Initiative; BBI 1954 I 766.

verbindlich. Das in *Art. 49 Abs. 1 WRG* verankerte Abstimmungserfordernis bezüglich der Erhöhung des Wasserzinsmaximums ist Ausdruck dieser Auffassung.“²²⁰

Das Bundesgericht kam zum Schluss: „Demnach ergibt sich, dass die Wasserzinsse für das Kraftwerk Reckingen nicht ohne Abstimmung mit dem Land Baden-Württemberg erhöht werden können.“ Und da die Wasserzinserhöhung für das Kraftwerk Reckingen der Abstimmung mit dem Land Baden-Württemberg bedarf, es an einer solchen Abstimmung zum Zeitpunkt der verfügbten Erhöhung des Wasserzinses aber noch fehlte, durften die Kantone die Wasserzinsen nicht (einsseitig) erhöhen,²²¹ so dass die Erhöhung des Wasserzinses für die betroffenen Wasserkraftwerke (vorerst) nicht gilt.²²²

Hingewiesen sei auf den Umstand, dass die Notwendigkeit der Abstimmung nicht dahingehend missverstanden werden darf, eine Erhöhung sei lediglich pro futuro, also erst für die Zeit nach Erreichung des Einvernehmens zulässig: „Die internationale Abstimmung ist nicht Teil des schweizerischen Gesetzgebungsverfahrens. Es geht einzig darum, dass Einwände aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis der schweizerischerseits beschlossenen und den Kraftwerken mitgeteilten Wasserzinserhöhung entgegenstehen könnten und im Abstimmungsverfahren auszuräumen sind. Sollte in diesem Abstimmungsverfahren Einvernehmen für eine Erhöhung bereits ab 15. Mai 1997 (sc. also ab einem früheren, vor dem Einvernehmen liegenden Datum) erzielt werden, so stünde dem aus heutiger Sicht nichts entgegen, denn es stellt sich weder die Frage eines rückwirkend angewendeten Gesetzes, noch verhielte es sich so, dass die Kraftwerke in ihrem Vertrauen auf die frühere Rechtslage Schutz verdienten. Sie wissen, dass die schweizerische Gesetzgebung die Wasserzinse erhöht hat, der Kanton Aargau diese geltend machen will und er sie auch geltend gemacht hat.“²²³

Ein direktes Resultat dieser Bundesgerichtsentscheide war die „Vereinbarung zur staatlichen Belastung der Wasserkraftwerke am Hochrhein“ vom 28. November 2004 zwischen der Schweiz und dem Land Baden-Württemberg. Die Vertragsparteien kamen, was „die von der Schweiz per 1997 vorgesehenen Wasserzinserhöhungen anbelangt“, überein, für die Grenzkraftwerke am Hochrhein gestaffelte Wasserzinsmaxima anzuwenden, die von 70 Franken bis auf 75 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung Ende 2010 ansteigen sollen (Ziff. 5). Abschliessend wurde festgehalten: „Die Vertragsparteien stellen fest, dass mit dem Abschluss dieser Vereinbarung das aus Anlass der Erhöhung des schweizerischen Wasserzinsmaximums begonnene und aufgrund des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses erforderliche Abstimmungsverfahren beendet ist“ (Ziff. 7).

²²⁰ BGE 129 II 114, E. 4.3.

²²¹ BGE 129 II 114, E. 5 und 6.

²²² BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 2.2.

²²³ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.2.

7. INDEXIERUNG DES WASSERZINSMAXIMUMS

7.1 Einleitung

Die Verfassung schreibt dem Bundesgesetzgeber nicht vor, *wie* er die Schranken für die Abgaben auf der Nutzung der Wasserkraft zu bestimmen hat. Ausgehend von der geltenden Regelung gemäss Wasserrechtsgesetz, wo in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 ein – nicht indexierter – Höchstsatz genannt ist, verlangte eine Indexierung des Wasserzinsmaximums ebenso nach einer Änderung der bundesrechtlichen Normen wie die bisherigen Erhöhungen des Wasserzinses um einen jeweils fixen Betrag. Im Vordergrund steht bei einer Indexierung ebenfalls eine Änderung des Wasserrechtsgesetzes (Art. 49) bzw. auch der Wasserzinsverordnung.

Eine Indexierung kann in unterschiedlicher Art und Weise rechtlich verankert werden. Denkbar ist insbesondere die gesetzliche Verankerung mittels einer rechtsverbindlichen Indexformel oder eines Indexsatzes. Daneben kommt in Frage die Verabschiedung einer Indexformel in Form einer Leitlinie oder eines Kriterienkatalogs zur Bestimmung des Indexes.²²⁴

Von der Art und Weise der gesetzlichen Ausgestaltung einer Indexierung bzw. einer Indexformel ist die Frage nach der Zuständigkeit zur Anpassung des Wasserzinses gemäss Index zu unterscheiden. Dafür stehen zwei Möglichkeiten im Vordergrund, die Zuständigkeit des Parlaments zur regelmässigen Anpassung gemäss Index bzw. eine Delegation an den Bundesrat, was die flexiblere Lösung darstellen dürfte.

Im Zusammenhang mit einer möglichen Delegation an den Bundesrat stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung der Delegationsgrundlage und der Ausgestaltung einer Verordnung (WZV oder gesonderte Verordnung) zur Anpassung des Wasserzinses gemäss Index.

Veränderungen des Wasserzinses durch Indexierung bedeuten in der Regel eine Erhöhung des Wasserzinses. Die bei der Erhöhung des Wasserzinses ohne Indexierung angesprochenen Fragen stellen sich hier in gleicher Weise. Für die Betroffenen ist es grundsätzlich unerheblich, auf welche Art und Weise eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums vorgenommen wird.²²⁵

7.2 Sinn und Zweck einer Indexierung

Mit einer gewissen Regelmässigkeit wurde in den letzten Jahren und Jahrzehnten die Frage einer Indexierung des Wasserzinses bzw. des Wasserzinsmaximums

²²⁴ Vgl. Ziff. 6.25, 7.21.1, 7.22 zur Bestimmung des Wasserzinsmaximums. Dazu Klichenmann, Wasserzinsmaximum, 61.

²²⁵ Vgl. daher Ziff. 6.

zur Diskussion gestellt. Auch der Bundesrat hat sich in seinen Botschaften zu Revisionen des Wasserrechtsgesetzes ab und zu dem Thema zugewandt. So führte er vor gut vierzig Jahren aus: „Auf den ersten Blick scheint die Einführung einer Indexklausel einleuchtend zu sein, würde sie doch eine automatische Anpassung des Wasserzinshöchstansatzes an neue wirtschaftliche Verhältnisse gewährleisten, ohne dass der Apparat der Revision eines Bundesgesetzes in Bewegung gesetzt werden müsste.“²²⁶

Das wäre sicherlich ein grosser Vorteil. Allein, auf einen zweiten Blick zeigt sich, dass schon „die Ermittlung eines solchen Indexes ... indessen eine heikle Angelegenheit (wäre), müssten doch dabei verschiedene Faktoren, wie Löhne, Baukosten, Kapitalzinsen, Verkaufspreise der Energie usw., berücksichtigt werden, deren gerechte Einschätzung nicht leicht wäre.“²²⁷

Hier haben wir das wichtigste Argument vor uns, das mit einer gewissen Regelmässigkeit vorgebracht wird, wenn der Ruf nach einer Indexierung laut wird: Es ist äusserst schwierig, einen adäquaten Index zu ermitteln – bzw. und wohl genauer: sich politisch darauf zu verständigen.

Das zweite Argument, das der Bundesrat damals ins Feld führte, kann nicht wirklich überzeugen: „Vor allem aber würde eine solche Klausel einen Präzedenzfall schaffen und käme praktisch einem offiziellen Eingeständnis durch den Bundesgesetzgeber gleich, dass ein weiterer Wertverlust unserer Währung zu erwarten ist.

Wir haben schon in anderen Fällen aus grundsätzlichen Überlegungen Indexklauseln abgelehnt und halten dafür, es bestehe kein Anlass, hinsichtlich der Wasserzinshöchstansätze von dieser Regel abzuweichen.“²²⁸

Soweit der Bundesrat im Jahre 1967. Genaueres lässt sich seiner Botschaft jedoch nicht entnehmen: Die Frage sei geprüft und als zu schwierig empfunden worden. Auf diese grundsätzlich wohl nicht falsche, aber doch zu wenig belegte Aussage griff er bei der wenige Jahre später anstehenden Revision zurück: „Die Frage einer allfälligen Indexierung des Wasserzinses wurde eingehend geprüft. Die Indexierung ist schon anlässlich der letzten Revision im Jahre 1967 gefordert, damals aber abgelehnt worden. Der Wunsch, das Maximum des Wasserzinses an irgendeine Grösse zu binden, ist an und für sich verständlich. Das zeigt schon der Umstand, dass die gesetzgebenden Behörden und die Verwaltung sich laufend mit Wasserzinsfragen befassen. Der dadurch entstehende Umtrieb ist nicht unerheblich. Mit einem indexgebundenen Wasserzins könnte er weitgehend vermieden werden.

Trotz dieser Gründe lehnen wir eine Indexierung ab. Es wurden verschiedene Möglichkeiten einer Indexierung untersucht. Es ist jedoch schwierig, ein wirklich befriedigendes Kriterium für die Indexierung zu finden. Wir haben bereits in un-

226 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1030 f., 1036.

227 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1031.

228 Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1031.

serer Botschaft vom 5. Juni 1967 zur letzten Revision des Wasserzinsmaximums begründet, warum der Wasserzins nicht indexiert werden sollte. Diese grund-sätzlichen Überlegungen gelten auch heute noch.“²²⁹

Was die Begründung anbelangt, so war sie, wie soeben moniert, nicht sehr über-zeugend bzw. fehlte. Zu behaupten, etwas sei schwierig, ersetzt nicht den Nach-weis der Schwierigkeit – selbst wenn die Aussage durchaus plausibel er-scheint.²³⁰ Auch im Rahmen der späteren Anpassungen des Wasserzinsmaxi-mums beschränkte sich die Argumentation auf das soeben Wiedergegebene.²³¹

7.21 Delegation an den Bundesrat?

Immerhin schlägt der Bundesrat 1975 einen möglichen Ausweg aus dem Dilem-ma vor: „Um die Umtreibe der immer wieder aktuell werdenden Anpassungen des Wasserzinsmaximums auf ein Mindestmass zu beschränken, beantragen wir dagegen, dem Bundesrat die entsprechende Kompetenz zu erteilen.“²³² Der

229 Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2150 f.

230 Welche Abklärungen beispielsweise die Kommission Righetti durchgeführt hat, bleibt unklar, heisst es in ihrem Bericht 23 f. doch lediglich, die Kommission lehne eine Inde-xierung ab: „Sie hat sich ihren Entscheid nicht leicht gemacht und verschiedene Mög-lichkeiten einer Indexierung untersucht. Sie hat zunächst geprüft, welche Kostenent-wicklung bei einer Indexierung zu berücksichtigen wäre. Naheliegend wäre, den Lan-desindex der Konsumentenpreise in diese Betrachtungsweise einzubeziehen. Dieser Index beeinflusst tatsächlich die Entwicklung verschiedener Größen. Es sei z.B. an die Löhne erinnert. Ohne dass die Kommission sich über die Richtigkeit dieser automati-schen Anpassung äussern will, möchte sie doch festhalten, dass der Landesindex der Konsumentenpreise bei der Bemessung des Wasserzinses sicher nicht die einzige mass-gebende Grösse sein könnte.“

231 Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998: „Mehrmals wurde versucht, einen geeigneten Index für das Mass der Erhöhung des Wasserzinsmaximums zu finden. Die Bemühun-gen blieben jedoch ohne Erfolg.“

Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 999: „... ist denkbar, eine Indexierung der Wasser-zinsregelung einzuführen. Diese Variante war auch schon mehrmals vorgeschlagen worden. Es konnte jedoch kein allseits akzeptierter Index gefunden werden.“

Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1450 f.: „Die Indexierung des Wasserzinses wurde schon anlässlich der vorletzten und letzten Revision im Jahre 1967 und 1976 gefor-dert, sie ist aber abgelehnt worden. Der Wunsch, das Maximum des Wasserzinses an irgendeine Grösse zu binden, ist an und für sich verständlich, wenn man bedenkt, dass die gesetzgebenden Behörden und die Verwaltung sich laufend mit Fragen betreffend das Wasserzinsmaximum und die Steuerausfallentschädigung befassen müssen. Der dadurch entstehende Umtreib ist nicht unerheblich. Mit einem indexgebundenen Was-serzins könnte er weitgehend vermieden werden.“

Bei den letzten Gesetzesrevisionen wurden verschiedene Möglichkeiten einer Indexierung ergebnislos untersucht. Schon die Ermittlung eines solchen Indexes wäre eine heikle Angelegenheit, da verschiedene Faktoren, wie Löhne, Baukosten, Kapitalzinsen, Ver-kaufspreise der Energie usw., berücksichtigt werden müssten, deren gerechte Ein-schätzung nicht leicht wäre.“

232 Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2151.

Bundesrat könnte, so wenige Jahre später, bei „einer Delegation dieser Kompetenz ... insbesondere der Entwicklung der Kaufkraft des Geldes, gemessen z.B. am Landesindex der Konsumentenpreise, Rechnung tragen“.²³³ Konkret schlug der Bundesrat 1984 einen Art. 49 Abs. 2 WRG folgenden Inhalts vor: „Der Höchstansatz nach Absatz 1 kann durch den Bundesrat periodisch angepasst werden.“²³⁴

Auf grosse Unterstützung ist der Bundesrat mit seinem Vorschlag einer Delegation der Anpassungen des Wasserzinsmaximums an ihn jedoch nicht gestossen, so dass er ihn bei der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes blass noch erwähnte, aber nicht erneut einbrachte.²³⁵

Der Vorschlag aus dem Jahre 1984 vermag hinsichtlich der Ausgestaltung der Delegationsnorm ebenso wenig zu überzeugen wie jener aus dem Jahre 1975. Wir haben es mit einer Art Blankoscheck zu tun, der dem Bundesrat keinerlei Vorgaben macht, wie er mit der an ihn delegierten Kompetenz verfahren soll.²³⁶

Der vom Bundesrat vorgeschlagene Ausweg aus der Schwierigkeit bzw. bisherigen Unmöglichkeit, eine Formel oder einen Satz zu finden, die eine automatische Anpassung des Wasserzinsmaximums an die veränderten Umstände ermöglichen, dürfte schwierig zu begehen sein. Will man dem Bundesrat nicht eine derart offene und inhaltlich unbestimmte Zuständigkeit zugestehen, wie dies mit den oben erwähnten Vorschlägen der Fall wäre, müsste sich der Gesetzgeber wenigstens in den Grundzügen darauf einigen, wie der Bundesrat von der delegierten Kompetenz Gebrauch machen soll und darf. Er müsste sich, mit anderen Worten, auf eine Leitlinie oder eine verbale Umschreibung einer Formel – eventuell einer Indexformel – verständigen, die hinlänglich bestimmt wäre und dem Bundesrat wirklich einen Delegationsrahmen eröffnete, den er alsdann ausfüllen könnte. Doch, wenn dies gelänge, dann käme dies einer Verständigung über eine Formel zur Anpassung des Wasserzinsmaximums bzw. einer Art von Indexformel gleich – also einem Ergebnis, das in den letzten Jahrzehnten nie erzielt werden konnte.

233 Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1450 f.

234 Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1463.

235 Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 999: „Im Zusammenhang mit diesem Modell (sc. einer Indexierung der Wasserzinsregelung) wurde auch geprüft, ob die Anpassung des Wasserzinsmaximums an den Bundesrat delegiert werden soll. Eine solche Kompetenzdelegation wurde anlässlich der letzten Revision ebenfalls abgelehnt.“

Sigg/Röthlisberger 12 f.: „Die Erfahrung zeigt, dass sich das Ausmass der Erhöhung nicht rein mathematisch aus irgendwelchen Grössen ableiten lässt. Die vielen, teils einander widersprechenden Faktoren, über die sich die Hauptbetroffenen einigen müssen, konnten bisher nicht zu einer allseits anerkannten Indexierungsform aufgearbeitet werden. Weil es so schwierig ist, ein angemessenes Wasserzinsmaximum festzulegen, haben es die eidgenössischen Räte bisher als ihre Aufgabe angesehen, dessen Höhe – unabhängig von irgendwelchen Preisentwicklungsskalen – auf Grund politischer Abwägungen der verschiedenen Interessen festzusetzen.“

236 Vgl. dazu Ziff. 7.31.

7.21.1 Vorschläge Kilchenmann

Kilchenmann ist in seinem Bericht auch der Frage nachgegangen, wie sich die Anpassung des Wasserzinsmaximums vereinfachen liesse. Einleitend führte er zur Thematik der Indexierung des Wasserzinses in der Kurzfassung seines Gutachtens aus:

„Die Bindung künftiger Anpassungen des Wasserzinsmaximums an bestimmte Bezugsgrößen wurde verschiedentlich geprüft und stets verworfen. Der Hauptgrund liegt in der Schwierigkeit, einen allseits als Massstab für Wasserzinsanpassungen akzeptierten Index aufzustellen. Index-Mechanismen werden heute aber auch aus gesamtwirtschaftlichen Gründen in Frage gestellt.

Eine gesetzliche Indexierung des Wasserzinses würde voraussetzen, dass ein taugliches Modell gefunden wird. Sie könnte mit einer Delegation an den Bundesrat zur Vornahme periodischer Anpassungen verbunden werden.“²³⁷

Im Gutachten selbst heisst es ausführlicher:²³⁸ „Die Bindung künftiger Anpassungen des Wasserzinsmaximums an bestimmte Bezugsgrößen ist nicht mit einer Delegation zur Festlegung der Ansätze an den Bundesrat zu verwechseln. Eine Indexierung kann, muss aber nicht mit einer Delegation gekoppelt werden. (...)

Der Bundesrat äusserte sich erstmals in seiner Botschaft zur Teilrevision WRG 1967 über eine Indexierung und lehnte sie ab. Das eine der beiden damaligen Hauptargumente darf wohl als dahingefallen gelten. Der Bundesrat befürchtete damals, eine Indexierung stelle einen Präzedenzfall dar, der «praktisch einem offiziellen Eingeständnis durch den Bundesgesetzgeber gleich(käme), dass ein weiterer Wertverlust unserer Währung zu erwarten ist».²³⁹ Das andere Hauptargument ist weitgehend noch dasselbe: Die Schwierigkeit, einen allseits als Massstab für künftige Wasserzinsanpassungen akzeptierten Index aufzustellen.²⁴⁰ Die Kommission Righetti empfahl 1973 dem Bundesrat, zu prüfen, «ob eine allfällige, künftige Erhöhung des Maximalansatzes des Wasserzinses auf der Grundlage einer noch zu bestimmenden Formel festgesetzt werden solle»²⁴¹. Der Bundesrat hielt eine Indexierung jedoch weiterhin nicht als angezeigt. Es seien verschiedene Möglichkeiten zur Indexierung untersucht worden, doch sei es schwierig, ein wirklich befriedigendes Kriterium für die Indexierung zu finden.“

Kilchenmanns Einschätzung ist auch heute noch in beiden Punkten durchaus zutreffend. Was das erste „Argument“ anbelangt, so ist es, wie bereits angespro-

²³⁷ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 110.

²³⁸ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 61 f.

²³⁹ Klammern, in Übereinstimmung mit dem Botschaftstext, hinzugefügt.

²⁴⁰ „Es ist also müssig, mittels fragwürdiger Zahlenspielereien dies oder jenes belegen zu wollen. Es bleibt festzuhalten, dass für die Bestimmung des Wasserzinses keine objektiven Massstäbe bestehen“; Foppa 27.

²⁴¹ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2143.

chen, offensichtlich wenig überzeugend. Nur weil man gleichsam einen Gesichtsverlust befürchtet, wenn man sich prophylaktisch auf den Wertverlust der eigenen Währung einstellt, kann man die Möglichkeit einer Indexierung nicht einfach ausser Acht lassen. Denn *dass* die Währung im Verlaufe der Zeit in der Regel an Wert verliert, ist eine Erfahrung, die seit der Fixierung des Wasserzinses auf Bundesebene ständig gemacht werden musste. Der Bundesrat hat denn auch wiederholt darauf hingewiesen, dass gerade der Ausgleich der Teuerung der wichtigste Grund für die Erhöhung des Wasserzinsmaximums gewesen sei. Ausdrücklich heisst es in seiner Botschaft zur letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes: „Für die Erhöhungen des Wasserzinsmaximums von 1952, 1967, 1976 und 1985 wurde vor allem der Teuerungsausgleich geltend gemacht.“²⁴²

Der zweite von Kilchenmann genannte Punkt stellt auch heute noch die Hauptschwierigkeit dar. Allerdings: wenn, wie der Bundesrat ausführte, alle *bisherigen* Bemühungen, einen adäquaten Index zu finden, nicht von Erfolg gekrönt waren, so heisst dies nicht, dass dem auch *in Zukunft* so sein muss. Vielleicht lässt sich durchaus eine „Formel“ finden, die von der Bundesversammlung akzeptiert werden könnte.

Wenn eine Indexierung jedoch „wirklich“ nicht durchführbar wäre, dann müsste man sich vielleicht Alternativen überlegen. Darauf ist weiter unten zurück zu kommen.

Kilchenmann fährt in seinem Gutachten fort: „Nun ist es sicher nicht opportun, Wasserzinserhöhungen an einen einzigen Index zu koppeln, wie zum Beispiel an den Landesindex der Konsumentenpreise, an einen Baukosten- oder Energiepreisindex. Ein anspruchsvoller konzipiertes Modell, das mehrere Indizes berücksichtigt, könnte von der Wirtschaftswissenschaft entwickelt werden. Allerdings dürfte auch ein solches Modell angezweifelt werden. Zudem wird die Bindung von Preisen an Indices heute wieder vermehrt in Frage gestellt. Wenn sich unter den am Wasserzins interessierten Kreisen dennoch ein Konsens über eine langfristig tragfähige Lösung findet, kann anschliessend eine rechtlich geeignete Umsetzung gesucht werden, soweit zweckmässig in Koppelung mit einer Verfahrensvereinfachung.“²⁴³

Auch diese Einschätzung ist grundsätzlich immer noch nachvollziehbar. Allerdings scheint die Hauptaussage, eine Koppelung an *einen* Index alleine sei nicht opportun, ohne Argumente, die diese Aussage stützen, zwar nicht zwingend falsch, aber doch nur beschränkt überzeugend. So verweist der Bundesrat in seiner Botschaft zur Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes von 1995 auf einen Anhang, in dem er die Entwicklung des Wasserzinsmaximums *einem einzigen Index*, dem Landesindex der Konsumentenpreise, gegenüber stellt.²⁴⁴ Daraus lässt sich zwar keine konkrete „zwingende“ Höchstmarke für den Wasserzins „ableiten“, aber doch eine gewisse Tendenz bzw. parallele Entwicklung des Höchstsat-

²⁴² Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997 f.

²⁴³ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 62.

²⁴⁴ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998, 1015.

zes erkennen – was insoweit jedoch wenig erstaunt, als die Erhöhungen des Wasserzinsmaximums ja in erster Linie dazu dienen sollten, *die Teuerung auszugleichen*. Und anscheinend hat man sich – zumindest tendenziell und vielleicht ohne sich das einzustehen – am bekanntesten, am Landesindex der Konsumentenpreise orientiert. Man könnte daher auch behaupten, dem Gesetzgeber sei es – entgegen anders lautender Voten – durchaus gelungen, das Wasserzinsmaximum einem Index anzupassen.

Kilchenmann ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn er vorschlägt, – sofern politisch erwünscht – einen oder mehrere adäquate Indexe von dazu befähigter Seite ausarbeiten zu lassen. Denn, wenn man sich schon auf eine Indexformel einigen soll, dann ist es durchaus empfehlenswert, wenn diese auch „wissenschaftlich“ möglichst „Hand und Fuss“ hat.

Kilchenmann sieht nun „viele Möglichkeiten“, wie ein (eventueller) Konsens-Index in eine rechtlich geeignete Form gegossen werden könnte:²⁴⁵

- „Eine bestimmte Indexformel kann *rechtsverbindlich* ins Gesetz aufgenommen werden mit der Verpflichtung, die Wasserzinse periodisch an Indexveränderungen anzupassen (in festen Zeitintervallen und/oder nach Erreichen einer bestimmten Indexveränderung). Die gesetzesausführende Behörde hat keine Abweichungsmöglichkeit. Die Vornahme der jeweiligen Anpassung kann deshalb dem Bundesrat oder an ein Departement delegiert werden. Änderungen an der Formel erfordern eine Gesetzesrevision.“

Dies dürfte mit einiger Wahrscheinlichkeit der realistischste Vorschlag sein. Der Gesetzgeber einigt sich auf eine Formel bzw. direkt auf einen Satz²⁴⁶ und bestimmt möglicherweise, dass der Bundesrat oder die Verwaltung die (jährlichen) Anpassungen vornimmt.

- „Eine Indexformel kann als *Leitlinie* ins Gesetz aufgenommen und mit verbal zu umschreibenden Abweichungsmöglichkeiten ergänzt werden. Gegenläufigen Interessen und politischen Veränderlichkeiten kann mit solchen Abweichungsmöglichkeiten innerhalb einer bestimmten Bandbreite Rechnung getragen werden. Grundlegende Abweichungen erfordern eine Anpassung der Leitlinie, d.h. eine Gesetzesrevision. Diese Variante ist weniger delegationsgeeignet, da die den Wasserzinssatz festlegende Behörde Ermessensspielraum besitzt.“

Diese zweite Variante Kilchenmanns scheint nicht nur weniger delegationsgeeignet, vielmehr fällt es – angesichts der Erfahrungen mit der Erhöhung des Wasserzinsmaximums – schwer sich vorzustellen, dass der Bundesgesetzgeber sich auf eine praktikable *Leitlinie* verständigen könnte. Die Ausarbeitung einer solchen Leitlinie würde verlangen, dass es den Beteiligten in National- und Ständerrat gelänge, die in der Regel über Jahre sich hinziehenden Ausmarchungen vor,

²⁴⁵ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 62.

²⁴⁶ Dazu sogleich mehr, vgl. Ziff. 7.22, 7.31.

während und nach einer Erhöhung des Wasserzinses in eine Formel oder eben Leitlinie zu giessen. Wenn es keine wissenschaftliche Methode gibt, die Höhe des „adäquaten“ Wasserzinsmaximums zu bestimmen, wenn der Höchstsatz Resultat eines politischen Kompromisses ist, dann stehen die Chancen eher schlecht, dass sich dieser Aushandlungsprozess in einer von den Räten verabschiedeten Leitlinie festhalten lässt.

- „Das Gesetz kann sich“, so Kilchenmann weiter, „darauf beschränken, die Kriterien, welche zur Anpassung der Ansätze führen müssen, und ihre Gewichtung nur *verbal* zu umschreiben, etwa in folgender Art: «Anpassungen des Wasserzinses (bzw. verschiedener Maximalsätze) sind periodisch, in der Regel alle fünf Jahre vorzunehmen nach der Entwicklung der Energiepreise, der Löhne, der Baukosten, der allgemeinen Teuerung, ... Jeder Faktor hat das gleiche Gewicht. Die zuständige Behörde kann bei ihrem Entscheid von dieser Gewichtung abweichen oder zusätzliche Preisentwicklungen berücksichtigen, wenn triftige Gründe es rechtfertigen.» Diese Variante lässt der zuständigen Behörde erheblichen Gestaltungsspielraum.“²⁴⁷

Auch hinsichtlich dieses Vorschlages von Kilchenmann dürften die Realisierungschancen eher gering sein. Es fällt wiederum schwer, sich unter einer solchen Umschreibung etwas Konkretes vorzustellen, das der Vielzahl der unterschiedlichsten Interessen, die der Gesetzgebers zu berücksichtigen hat, gerecht werden könnte.

Wenn man jedoch sieht, mit welcher Regelmässigkeit in den letzten Jahrzehnten parlamentarische Vorstösse zur Anpassung des Wasserzinsmaximums eingereicht worden sind und dass der dadurch entstehende Umtrieb für die gesetzgebenden Behörden sowie die Verwaltung nicht unerheblich ist, dann ist, wie der Bundesrat verschiedentlich festhielt, der Wunsch, das Maximum des Wasserzinses an irgendeine Grösse zu binden, um diese Umtriebe zu vermeiden, an und für sich verständlich.²⁴⁸ Wenn es denn nur gelänge, eine Indexformel zu finden – was bislang nicht der Fall war.

²⁴⁷ Auf die Vorschläge von Kilchenmann verwies der Bundesrat in seiner Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 999: „Bei *Lösungsansätzen ohne Verfassungsänderung* sind zwei Grundausrichtungen zu unterscheiden. Entweder wird an einem gesetzlich vorgeschriebenen Wasserzinsmaximum wie bis anhin festgehalten, oder es wird eine Bundesvorschrift ohne betragsmässige Begrenzung des Wasserzinsmaximums geschaffen.

Im ersten Fall (gesetzlich vorgeschriebenes Maximum) sind drei Modelle möglich. Der Maximalsatz kann wie bei den bisher durchgeführten Revisionen des WRG einfach erhöht werden. Oder es kann ein differenziertes Maximum geschaffen werden, wie dies in der Vergangenheit mit der Einführung einer Qualitätsstufenregelung bereits einmal geschehen war. Als dritter Ansatz ist denkbar, eine Indexierung der Wasserzinsregelung einzuführen. Diese Variante war auch schon mehrmals vorgeschlagen worden. Es konnte jedoch kein allseits akzeptierter Index gefunden werden. Im Zusammenhang mit diesem Modell wurde auch geprüft, ob die Anpassung des Wasserzinsmaximums an den Bundesrat delegiert werden soll. Eine solche Kompetenzdelegation wurde anlässlich der letzten Revision ebenfalls abgelehnt.“

²⁴⁸ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2150; Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1450.

7.22 Einigung auf einen Erfahrungswert?

Ob sich der Gesetzgeber in absehbarer Zeit auf einen Indexsatz bzw. eine Indexformel einigen kann, das lässt sich nicht vorhersagen; die bisherigen Erfahrungen sprechen eher gegen einen Erfolg. Lässt sich eine alle Beteiligten überzeugende Indexformel oder Mischformel verschiedener Indexe nicht finden, weil man sich nicht darüber einigen kann, welche Faktoren wie zu berücksichtigen sind und wie der Index alsdann zu berechnen wären, dann könnte man sich überlegen, ob man sich nicht „einfach“ auf einen *Erfahrungswert* einigt und das Wasserzinsmaximum gemäss diesem Erfahrungswert erhöht:

Das Wasserrechtsgesetz trat am 1. Januar 1918, also vor 90 Jahren, in Kraft. Das damalige Maximum belief sich auf 6 Franken pro Pferdestärke Bruttoleistung/Bruttopferdekraft, was 8,16 bzw. grob 8 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung entspricht ($1 \text{ PS} = 0,7355 \text{ kW}$).²⁴⁹ Heute, 2008, liegt das Maximum bei 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung, was einer jährlichen Teuerung über diese 90 Jahre von rund 2,5 % entspricht. Würde in nächster Zukunft ein Höchstsatz beschlossen, der, wie in der Beratung der letzten Teilrevision des Wasserrechtsge setzes 1996 vorgeschlagen, inklusive eines möglichen Speicherzuschlages bei 120 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung läge, so hätten wir es für diesen Spitzenatz mit einer jährlichen Teuerung von bis gegen 3 % zu tun.²⁵⁰

Nun ist, wie die Grafik zur Entwicklung des Wasserzinses in der Botschaft zur Teilrevision von 1995²⁵¹ zeigt, die Entwicklung des Wasserzinsmaximums nicht linear verlaufen. Insbesondere die Verdoppelung des Höchstsatzes in den Jahren 1986-1990 war eindrücklich. Nichtsdestotrotz könnte eine Einigung auf eine automatische Erhöhung des Wasserzinsmaximums in Anlehnung an den Erfahrungswert in der Grössenordnung von 2,5 bis 3 % pro Jahr eine arbeitsmässige Entlastung bringen.²⁵² Zudem ist dieser Erfahrungswert bzw. ein an diesem Wert

²⁴⁹ Vgl. Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997 sowie ebenda, 1016, Anhang 1, die Umrechnungstabelle PS/kW. Vgl. auch Sigg/Röthlisberger 12.

²⁵⁰ Zu beachten ist, dass ein Speicherzuschlag wohl auch künftig ein abgestufter wäre, so dass die Präzisierungen von Ständerat Frick vom Grundsatz her noch ihre Richtigkeit hätten (Amtl. Bull. SR 1996 104): „Ich möchte nur ein Missverständnis verhindern, das aufgrund der Ausführungen unseres Kommissionspräsidenten entstanden ist: Er hat gesagt, der Speicherzuschlag würde zu einer weiteren Erhöhung des Wasserzinses um 30 Franken führen (sc. von 80 auf 110). Diese Zahl ist nicht richtig. Wir haben die Zahlen genau rechnen lassen und sie der Bundesverwaltung vorgelegt, welche die Zahlen in der Kommissionssitzung ausdrücklich als richtig anerkannte. Durch den Speicherzuschlag wird der Wasserzins gesamtschweizerisch nicht um 30, sondern um 12 Franken erhöht und beträgt dann im Landesdurchschnitt 92 Franken, selbstverständlich mit unterschiedlicher Gewichtung. In Gebieten mit Speicherseen ist der Zins höher, in Gebieten mit Flusskraftwerken beträgt er höchstens 80 Franken.“

²⁵¹ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 1015.

²⁵² Bei einer Erhöhung von 3 %/Jahr würde aus einem Wasserzinsmaximum von 80 Franken innert 10 Jahren ein solches von 107 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung. Ein

orientierter Index sicherlich ebenso „überzeugend“ wie manch andere Zahl. Vorphersagen sind bekanntlich schwierig, insbesondere, wenn sie die Zukunft betreffen.²⁵³ Befürchtet man eine zu grosse Erhöhung, kann man sich auch auf einen Wert am unteren Ende bzw. unterhalb der Erfahrungswerte verständigen und beispielsweise eine Erhöhung von 2 % pro Jahr vorsehen.²⁵⁴ Oder man könnte die Anpassungen nicht jährlich, sondern alle zwei Jahre oder alle fünf Jahre vornehmen.²⁵⁵

Die „automatische“ jährliche Erhöhung könnte, sofern erwünscht, zudem durch flankierende Vorbehalte temperiert werden. Beispielsweise dahingehend, dass der Bundesrat den Höchstsatz für ein Jahr „einfrieren“ kann, wenn sich zeigt, dass „die Teuerung“ weniger schnell ansteigt, so dass der Automatismus (für eine gewisse Zeit) nicht „gerechtfertigt“ ist. Allerdings müsste der Gesetzgeber sich bei solchen Schranken wieder auf ein Stoppsignal verständigen, auf einen Massstab – in welcher Form auch immer –, der den Bundesrat (bzw. die Verwaltung) verpflichten und berechtigen würde, die automatische Anpassung (nach oben) zu unterbrechen. Damit wäre man aber wieder bei der Frage, welche (Index-)Formel oder (verbale) Umschreibung man als adäquat betrachten würde, um ein bundesrätliches Einschreiten zu veranlassen. Kurz gesagt wäre man wieder bei der Frage nach der „richtigen“ Indexformel.

Vielleicht wäre eine Verständigung auf einen Erfahrungswert, wie soeben skizziert, insofern ein empfehlenswertes *pragmatisches* Vorgehen, als dass sich der Gesetzgeber damit ja nicht auf Dauer selbst beschränken würde. Er könnte durch eine Änderung des Wasserrechtsgesetzes jederzeit den Indexwert ändern oder gar auf seinen Entscheid zurückkommen, sofern er dies wünscht bzw. wenn sich zeigen sollte, dass eine solche „simple“ Lösung nun doch zu einfach wäre.

Die Verständigung auf einen Erfahrungswert, der sich an der durchschnittlichen jährlichen Erhöhung des Wasserzinsmaximums über die letzten 90 Jahre orientiert, hätte in erster Linie den grossen Vorteil, dass man nicht versuchen müsste, über eine Vielzahl von „wirtschaftswissenschaftlichen“ Studien zu „belegen“ oder gar zu „beweisen“, dass ein konkreter Index unter Berücksichtigung aller „relevanter“ Kriterien nun „eigentlich“ der „richtige“ sei. Denn, wie hielt der Bundesrat schon vor Jahren, bei der Revision 1984, ausdrücklich fest:

„Das Ausmass der Erhöhung des Wasserzinses lässt sich nicht aus irgendwelchen Grössen ableiten. Das zeigte sich schon bei früheren Diskussionen über die Erhöhung des Wasserzinsmaximums (z. B. 1967 und 1976; BBI 19671 1025 / 1975 II 2138). Die verschiedenen Indices geben lediglich einen Hinweis, dass der Preis für die Elektrizität relativ niedrig ist (vgl. Anhang 2, Entwicklung der Preise verschiedener Energieträger seit 1968). Das Ausmass der Erhöhung des Wasserzin-

eventueller Spitzensatz von 120 Franken (inklusive Speicherzuschlag) würde auf 161 Franken angehoben. Bei 2,5 %/Jahr ergäben sich in 10 Jahren 102 bzw. 153 Franken.
253 U.a. Niels Bohr zugeschrieben.

254 Bei 2 %/Jahr ergäben sich in 10 Jahren 97 bzw. 146 Franken.

255 Vgl. das Walliser Beispiel in Ziff. 7.33.

ses ist von den *politischen* Behörden letztlich *unabhängig von diesen Preisentwicklungsskalen zu bestimmen.*²⁵⁶

Es geht also um eine *politische* Entscheidung, mithin auch um einen „*politischen*“ Preis für eine Ressource. Das bestätigte der Bundesrat auch in seiner Botschaft 1995 und in der parlamentarischen Beratung 1996:

„Der Zweck des Wasserzinsmaximums wurde von Anfang an darin gesehen, einen Ausgleich zwischen der Förderung der Nutzung der einheimischen Wasserkräfte sowie der preisgünstigen Elektrizitätserzeugung und den fiskalischen Interessen der Gemeinwesen zu schaffen.

Die Einführung und Entwicklung des Wasserzinsmaximums zeigt, dass bei sämtlichen Änderungen der Wasserzinse jeweils um eine *politisch* ausgewogene Kompromisslösung gerungen werden musste. (...)

Die *politischen* Akzente haben sich zwar mit der insgesamt zunehmenden Belastung des Lebensraumes verschoben. Der Schutz von Landschaft und Umwelt wird heute der energiewirtschaftlichen Bedeutung der Wasserkraft als gleichwertig gegenübergestellt. *Grundsätzlich ist der Wasserzins eine Ausgleichsgröße geblieben.* Die Interessenabwägung gestaltet sich aber wegen der Zunahme der zu berücksichtigenden Faktoren schwieriger.²⁵⁷

Bundesrat Leuenberger führte bei der Beratung der Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes 1996 aus: „Nun gestehe ich Ihnen ehrlich: Es *gibt keine wissenschaftliche Begründung* für diese (sc. vom Bundesrat vorgeschlagenen) 70 Franken (sc. Wasserzinsmaximum). Es gibt auch keine für die 80 Franken und keine für die 60 Franken, sondern es geht um den Kompromiss, den wir als angemessen betrachten – um einen Kompromiss, der sowohl für die Gebirgskantone als auch für die Wirtschaft zumutbar ist. Der Bundesrat bleibt bei diesen 70 Franken und ersucht Sie, seinem Entwurf zuzustimmen.“²⁵⁸

Und im Ständerat hielt der Berichterstatter Plattner fest: „Es ist festzuhalten, dass es *keine Methode gibt, um den richtigen Wasserzins zu beweisen, sondern es ist eine Frage des Ermessens.*²⁵⁹

Eine am genannten Erfahrungswert über die letzten 90 Jahre orientierte Indexierung kann zugleich als eine „*politische*“ Lösung verstanden werden. Weil bzw. wenn der Gesetzgeber grundsätzlich der Auffassung ist, das Wasserzinsmaximum sollte im Verlaufe der Zeit steigen, und wenn er dafür keine von allen politischen Interessengruppen akzeptable Formel findet, dann kann er sich – eben im Sinne einer auch politisch pragmatischen Lösung – an diesem Erfahrungswert orientieren.

²⁵⁶ Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1448. Hervorhebungen hinzugefügt.

²⁵⁷ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998. Hervorhebungen hinzugefügt.

²⁵⁸ Amtl. Bull. NR 1996 1089. Hervorhebung hinzugefügt.

²⁵⁹ Amtl. Bull. SR 1996 100. Hervorhebung hinzugefügt.

7.23 Zumutbarkeit bzw. Tragbarkeit der Erhöhung des Wasserzinses durch eine Indexierung

In seinem soeben wiedergegebenen Votum verweist Bundesrat Leuenberger auf die *Zumutbarkeit* des Wasserzinses für die Wirtschaft, insbesondere natürlich für die Konzessionäre. Damit verweist er auf eine Schranke, die bei jeder Erhöhung des Wasserzinses bzw. des Höchstsatzes, erfolge diese nun mit Hilfe eines Indexes oder gestützt auf andere Kriterien, zu beachten ist: die *Tragbarkeit* oder *Zumutbarkeit* des Wasserzinses.

Zwar kann der Bundesgesetzgeber das Maximum grundsätzlich setzen, wie und wo ihm beliebt, sind doch gemäss Art. 191 BV Bundesgesetze für das Bundesgericht massgebend. Allerdings käme er bei solcher Beliebigkeit seiner Verpflichtung durch die Verfassung nicht nach. Die Beratungen bei den Revisionen des Wasserzinsmaximums zeigen jedoch, dass die Räte durchaus bemüht sind, einen Höchstsatz zu bestimmen, der mit den von der Verfassung vorgegebenen Zielen in Einklang steht. So hat im Entscheid KW Oberhasli das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass der vom Bundesgesetzgeber bestimmte Höchstsatz für die Konzessionäre als tragbar zu gelten habe bzw. von diesen selbst (in der Regel) als tragbar betrachtet werde.²⁶⁰

Das Bundesgericht bekräftigt damit die „politische“ Natur des Wasserzinses, eines Preises für eine Ressource, der nicht – direkt – mit der Teuerungsentwicklung gekoppelt sei. Denn, dass eine „politisch vermittelte“ (indirekte) Koppelung an die Teuerung *faktisch* gegeben ist, das lässt sich nicht abstreiten. Allein: der Bundesgesetzgeber muss den Preis keineswegs an die Teuerung koppeln, sondern er darf und muss diesen Preis primär „politisch“ bestimmen, wobei die Teuerung nur einen der zu beachtenden Gesichtspunkte darstellt. Andere finden sich in Art. 76 BV bzw. im Insgesamt der Verfassung. Und einer dieser Gesichtspunkte, zudem ein bedeutender, ist eben die *Zumutbarkeit*. Ein Preis für die Nutzung der Wasserkraft, der für die Konzessionäre nicht mehr zumutbar wäre, würde den verfassungsmässigen Vorgaben zuwiderlaufen – insbesondere beispielsweise der „Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung“ gemäss Art. 76 Abs. 2 BV.

Wenn daher – wie in den Beratungen des Ständerates anlässlich der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes – ausgeführt wird, es gehe „heute nicht darum, den Wasserzins der Teuerung anzupassen, sondern ... darum, das Wasserzinsmaximum aufgrund des effektiven Wertes der Wasserkraft neu festzulegen“,²⁶¹ dann darf der Aspekt der *Zumutbarkeit* nicht ausser Acht gelassen werden.²⁶²

²⁶⁰ BGE 126 II 171, E. 4c cc; KW Oberhasli.

²⁶¹ Amtl. Bull. SR 1996 93, Votum Ständerat

²⁶² Vgl. auch Ziff. 5.41, 6.26.

7.3 Zu beachten

7.31 Delegation an den Bundesrat

Wie erwähnt, hat der Bundesrat den Räten verschiedene Male den Vorschlag unterbreitet, die Kompetenz, das Wasserzinsmaximum anzupassen – möglicherweise auch im Rahmen einer Indexlösung – sei an ihn zu delegieren. 1984 schlug er einen Art. 49 Abs. 2 WRG vor: „Der Höchstansatz nach Absatz 1 kann durch den Bundesrat periodisch angepasst werden.“²⁶³ 1975 hatte er ausgeführt, es sei „in der Tat ein Gebot der Vernunft, den Bundesrat zu ermächtigen, gesetzlich festgesetzte Preise, die erfahrungsgemäss regelmässig korrigiert werden müssen, veränderten Verhältnissen anzupassen. Damit können grosse Umtriebe im Parlament und in der Verwaltung vermieden werden.“²⁶⁴ Der Vorschlag für einen entsprechenden Art. 49 Abs. 1 lautete: „Der Wasserzins darf jährlich 20 Franken für die Brutttopferdekraft (75kgm/s) nicht übersteigen. Der Bundesrat kann diesen Höchstansatz veränderten Verhältnissen anpassen.“²⁶⁵

Diese Delegationsnormen vermögen nicht zu überzeugen: „Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz. Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an den Verordnungsgeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlage der Abgabe selber festlegen (BGE 120 Ia 1 E. 3c S. 3 mit Hinweisen).“²⁶⁶

Diese Anforderungen haben in der neuen Bundesverfassung, in Art. 164, Gesetzgebung, ausdrückliche Aufnahme gefunden:²⁶⁷

²⁶³ Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1463.

²⁶⁴ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2148.

²⁶⁵ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2154.

²⁶⁶ BGE 121 I 273, E. 3a. Vgl. dazu auch Vallender/Jacobs, 91; Jaag/Keller, 342; Kappeler, 76; Jagmetti, 1015, Rz. 9420.

²⁶⁷ BGE 128 II 247, E. 3.2: „Der Gesetzesvorbehalt im Abgaberecht ist nun auf Bundesebene auch in Art. 164 Abs. 1 lit. d BV verfassungsrechtlich verankert (vgl. für Steuern zudem Art. 127 Abs. 1 BV). Insbesondere der Wortlaut dieser Vorschrift, wonach (nur) die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben in Form eines Bundesgesetzes zu erlassen sind, legt den Schluss nahe, dass mit der erwähnten Verfassungsbestimmung lediglich die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Tragweite des Legalitätsprinzips im Abgaberecht festgehalten werden sollten (s. auch GEORG MÜLLER, Rechtssetzung und Staatsverträge, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 70 N. 16; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 188 Ziff. 5). Mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen braucht dies jedoch nicht weiter geklärt zu werden, ebenso wie sich die Diskussion anderer mit der Gesetzesdelegation zusammenhängender Probleme erübrigt (vgl. dazu RHINOW, a.a.O., S. 189 f.; MÜLLER, a.a.O., § 70 N. 14 f. und 35 f.; derselbe, Formen der Rechtssetzung, in: Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, S. 264 ff.);

„¹ Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über: ...; d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben“.

Der Kreis der Abgabepflichtigen mag sich, selbst bei solch kargen Delegationsnormen, aus dem Wasserrechtsgesetz bzw. in Verbindung dieses Gesetzes mit den kantonalen Normen bzw. den Verleihungen durchaus bestimmen lassen. Der Gegenstand der Abgabe mag auch nicht strittig oder unklar sein. Aber die beiden zitierten Delegationsnormen enthalten keinerlei Anhaltspunkte, wie die Abgabe veränderten Verhältnissen anzupassen ist. Was fehlt, das ist ein Delegationsrahmen hinsichtlich der Bestimmung der (Höhe der) Abgabe.

Es fällt schwer nachzuvollziehen, wie in den Botschaften zu den Revisionen des Wasserrechtsgesetzes einerseits darauf hingewiesen werden kann, dass es trotz grosser Anstrengungen und mehreren Anläufen nicht gelungen sei, einen adäquaten Index zur Anpassung des Wasserzinsmaximums zu finden, und wie andererseits mit den vorgeschlagenen Delegationsnormen unterstellt wird, der Bundesrat sei durchaus in der Lage zu entscheiden, wie hoch das Maximum für den Wasserzins sein solle oder dürfe.

Selbstverständlich und aus nahe liegenden Gründen ist der Bundesrat eher in der Lage, sich auf einen konkreten Wert zu einigen. Sieben Leute finden schneller einen Kompromiss als der National- und der Ständerat. Wenn ihm allerdings der Gesetzgeber mehr oder weniger keine Vorgaben macht, dann kann der Bundesrat zwar (aus eigener bzw. eben delegierter Kompetenz) entscheiden, aber nicht bzw. nur möglicherweise auch *im Sinne des Gesetzgebers*.

Wie soll er wissen, wie das Parlament entscheiden „würde“ bzw. gerne entschieden hätte, wenn ihm der Gesetzgeber mit den vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen nicht den kleinsten Hinweis darauf gäbe, was in seinem Sinne wäre und wie hoch er sich Anpassungen vorstellte?

Und wie sollte beispielsweise das Bundesgericht „prüfen, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder sich aus anderen Gründen als gesetz- oder verfassungswidrig erweist,“²⁶⁸ wenn dem Bundesrat zur Bestimmung des Höchstsatzes kein Rahmen gesetzt wird?

Es ist auch etwas anderes, ob das Bundesgericht eine Verordnung auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft und dort, wo eine in Kraft stehende gesetzliche Delegation dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe ein(räumt), dieser für das Bundesgericht verbindlich ist (Art. 191 BV),²⁶⁹ oder ob man sich die Frage stellt, wie eine *künftige*

ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2001, N. 1821 f.; PASCAL MAHON, Le principe de la séparation des pouvoirs, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § 65 N. 24, je mit weiteren Hinweisen).“

²⁶⁸ BGE 124 II 581, E. 2a; mit Hinweisen auf BGE 122 II 411, E. 3b; BGE 121 II 465, E. 2a. Ebenso BGE 128 II 247, E. 3.3.

²⁶⁹ BGE 124 II 581, E. 2a.

tige Delegationsnorm aussehen müsste. Bei bereits geltenden Delegationsnormen mag oder muss es angesichts der Verbindlichkeit von Bundesgesetzen an gehen, dass – wie in BGE 128 II 247 – „die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Gebühren ... aber nicht im Gesetz umrissen, sondern auf die Verordnungsstufe delegiert“ sind. Und das Bundesgericht muss sich in solchen Fällen „mit Bezug auf das Erfordernis der gesetzlichen Umschreibung der Bemessungsgrundlagen bzw. der Höhe der Gebühren“ wohl oder übel mit den „verfassungsrechtlichen Bedenken“ arrangieren und lediglich feststellen, diesbezüglich sei „die gesetzliche Delegationsnorm sehr unbestimmt“, aber auch in dieser Hinsicht der „bundesgesetzlich vorgegebene, weite Delegationsrahmen ... für das Bundesgericht verbindlich“.²⁷⁰

Für eine neue Delegationsnorm wäre ein solcher Zustand unbefriedigend. Dies um so mehr, als beim Wasserzins das Korrektiv von Leistung und Gegenleistung in Form des Kostendeckungs- bzw. des Äquivalenzprinzips nur in abgeschwächter Weise zum Tragen kommt.²⁷¹

7.32 Anwendbarkeit einer Erhöhung des Wasserzinsmaximums mittels einer Indexierung

Eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums ist eine Erhöhung, unabhängig davon, ob der Gesetzgeber einen fixen Betrag nennt, oder ob die Erhöhung mit Hilfe eines Indexes bestimmt wurde.

Wo daher „normale“ bzw. bisher praktizierte Arten der Erhöhung des Wasserzinses zulässig sind, da sind es auch Erhöhungen mittels Indexierung. Somit gelten insbesondere die Ausführungen zur (Un-)Möglichkeit der Erhöhung trotz wohlerworbener Rechte auch in diesem Falle.²⁷²

²⁷⁰ BGE 128 II 247, E. 5.

²⁷¹ Jagmetti, Energierecht, 506, Rz. 4533: „Der Wasserzins ist das Entgelt für die überlassene Wasserkraft in der Gestalt einer Kausalabgabe. Weil er den Preis für die Ressource und nicht die Abgeltung eines bestimmten Aufwandes des Gemeinwesens bildet, unterliegt er nicht dem Kostendeckungsprinzip und bedarf einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht. Die Beachtung des Äquivalenzprinzips wird nicht im Einzelfall geprüft, da die Abgabe *bundesrechtlich begrenzt* ist auf derzeit höchstens 80 Franken pro kW Bruttolleistung.“ Derselbe, 509, Rz. 4537: „Unabhängig von dieser Qualifikation (sc. als Kausalabgabe oder Steuer) gelten für die Erhebung der Abgabe die strengen Anforderungen an die Legalität, da die zu entrichtende Vergütung nicht an das Kostendeckungsprinzip gebunden ist. Der Gesetzgeber muss somit den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen festlegen, bei einer Konzessionsabgabe mindestens mit dem Höchstsatz.“ Vgl. auch Wyer, Abgaben, 135, Rz. 168.

²⁷² Vgl. Ziff. 5.71, 6.31.

7.33 Kantonale Vorbilder

Dass eine Anpassung des Wasserzinsmaximums mit Hilfe eines Indexes grundsätzlich durchaus möglich ist, das zeigt beispielsweise die Regelung für die Anpassung der Abgaben für Pumpwerke im Kanton Wallis:

„Für reine Pumpen anlagen berechnet sich die Anfangsgebühr nach der installierten Pumpleistung, darf aber zwölf Franken pro Kilowatt nicht überschreiten. Der Staatsrat kann die Gebühr automatisch dem Teilindex der Preise für Elektrizität des Grosshandelspreisindexes anpassen, erstmals jedoch am 1. Januar 1993.“²⁷³

„Die Pumpwerkabgabe wird automatisch alle fünf Jahre dem Teilindex der Preise für Elektrizität des Grosshandelspreisindexes angepasst, erstmals am 1. Januar 1995, unter Berücksichtigung der Indexänderung seit dem 1. Januar 1991.“²⁷⁴

Voraussetzung für eine solche Lösung ist jedoch, dass der Gesetzgeber sich auf einen Index verständigt.

Bedenkenswert ist die im Wallis gewählte Lösung, die Pumpwerkabgabe nicht jährlich, sondern alle fünf Jahre anzupassen.

8. ABSCHAFFUNG DES WASSERZINSMAXIMUMS

8.1 Einleitung

Die Forderung nach einer Abschaffung des Wasserzinsmaximums kann in unterschiedlicher Weise verstanden werden.

Die pragmatischste Konkretisierung verlangt nach der Abschaffung des zahlenmäßig bestimmten Wasserzinsmaximums gemäss Wasserrechtsgesetz. Dieses Szenario führt zu verschiedenen Änderungen im Wasserrechtsgesetz.

Solange die verfassungsrechtliche Grundlage beibehalten wird, müssen die in Art. 76 Abs. 4 BV erwähnten „Schranken der Bundesgesetzgebung“ in anderer Form errichtet werden.

Der Verzicht auf ein zahlenmäßig bestimmtes Wasserzinsmaximum verlangt sodann nach (ergänzenden) kantonalen Regelungen sowie nach Sicherstellung durch (bundesrechtliche) Kontrolle (Gerichte). Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang, dass nach Ansicht Auberts es insbesondere Ziel der Schranken in der Bundesverfassung gewesen sei, „Monopolstellungen der Wasserinhaber“ zu

²⁷³ Art. 63 Abs. 4 des Walliser Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (721.8) vom 28. März 1990.

²⁷⁴ Art. 68 Abs. 2 des Walliser Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (721.8) vom 28. März 1990.

vermeiden; es ging um die „Beseitigung der Gefahr einer ungerechtfertigten Ausnutzung allfälliger Monopolstellungen des Wasserinhaber“.²⁷⁵

Die durch eine solche (teilweise) „Freigabe des Wasserzinses“ erfolgende „Kantonalisierung“ wirft wiederum insbesondere die Frage auf nach den Auswirkungen auf bestehende Nutzungen/Konzessionen.

Die Abschaffung des Wasserzinsmaximums kann zweitens – und weiter gehend als vorhin – verstanden werden im Sinne eines gänzlichen Verzichts auf bundesrechtliche Schranken. Dies verlangt nach einer Änderung der Bundesverfassung – konkret von Art. 76 Abs. 4 BV – sowie nach Änderung des Wasserrechtsgesetzes.

Die radikale „Kantonalisierung“ der Zuständigkeit zur (freien) Bestimmung der Höhe des Wasserzinses muss aufgefangen werden durch (26) kantonale Regelungen des Wasserzinses sowie durch bundesrechtliche Regelungen, die u.a. die Wahrung der anderen mit der Nutzung der Wasserkraft verbundenen Interessen (Auftrag zur haushälterischen Nutzung u.Ä.) sicherstellen.

Wird das Wasserzinsmaximum abgeschafft, sei dies durch den blossen Verzicht auf eine zahlenmässige Fixierung im Gesetz, sei dies gar durch eine eventuell nötige Verfassungsänderung, die den Bund von der Pflicht Schranken für die Bemessung des Wasserzinses zu errichten befreite, dürften die Kantone mit einiger Wahrscheinlichkeit dazu übergehen, höhere Wasserzinsen einzufordern als dies bisher der Fall war (zudem werden möglicherweise die kantonalen Unterschiede grösser als heute).

In diesem Zusammenhang stellt sich wiederum die Frage, wie sich eine solche Erhöhung bei bestehenden Nutzungen durchsetzen liesse bzw. ob eventuell ein wohlerworbenes Recht eine Erhöhung des Wasserzinses (bei fehlender bundesrechtlicher Schranke) ausschliesst.

Die Forderung nach Abschaffung des Wasserzinsmaximums könnte drittens auch verstanden werden im Sinne einer vollständigen Privatisierung/Deregulierung der Wasserkraftnutzung. Diese Variante wird in Absprache mit dem Auftraggeber nicht weiter verfolgt.²⁷⁶

²⁷⁵ Aubert/Regierungskonferenz 2 f.

²⁷⁶ Vgl. schon Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 999: „Die weitestgehende Deregulierungsmöglichkeit im Bereich der Wasserkraftnutzung würde schliesslich nicht in der Freigabe der Wasserzinse auf der Stufe des Bundesrechts bestehen, sondern in der Privatisierung der Gewässer und der Gewässernutzung. Dazu wären jedoch umfassende Änderungen der privatrechtlichen Ordnung unseres Rechtssystems nötig. Dieser Lösungsansatz ist nicht weiter untersucht worden.“

8.2 Bestrebungen zur „Liberalisierung“

8.21 Alternativen zur heutigen Wasserzinsregelung

In seiner Botschaft zur Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes von 1995 fasst der Bundesrat als Antwort auf Bestrebungen zur „Liberalisierung“ der Wasserzinse die Ergebnisse des Gutachtens Kilchenmann zum Wasserzinsmaximum unter dem Titel „Alternativen zur geltenden Regelung (Modellansätze)“ wie folgt zusammen:²⁷⁷

„Verschiedene parlamentarische Vorstöße zielen auf eine Liberalisierung der Wasserzinse ab. Bei der Prüfung dieses Anliegens stellt sich zunächst die Frage, welche Möglichkeiten für eine Veränderung der Wasserzinsregelung überhaupt bestehen. Ausgehend vom heutigen System ergeben sich grundsätzlich drei Optionen. Das Wasserzinsmaximum kann künftig beibehalten, neu festgesetzt oder abgeschafft werden. Das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement hat ein Gutachten ausarbeiten lassen über die Entstehung des Wasserzinsmaximums sowie über die Gründe, die für eine Beibehaltung, eine Neufestsetzung oder eine Abschaffung des Wasserzinsmaximums sprechen. Dabei sind sowohl Modellansätze ohne Verfassungsänderung wie auch solche, die eine Verfassungsänderung erforderlich machen würden, untersucht worden. Geprüft wurden Modellansätze mit Beibehaltung des gesetzlichen Wasserzinsmaximums, die Schaffung von Bundesvorschriften ohne betragsmässige Begrenzung des Wasserzinsmaximums sowie die Kantonalisierung der Wasserzinsregelung. Theoretisch bestünde sogar die Möglichkeit der Privatisierung der Gewässer und der Gewässernutzung.“

Die drei Möglichkeiten sind auch heute noch gegeben. An dieser Stelle mag es genügen darauf hinzuweisen, dass die ersten beiden darauf beruhen, dass die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Bundes, den kantonalen Abgaben für die Nutzung der Wasserkraft „Schranken“ zu setzen, nicht zwingend nach der Verankerung eines *zahlenmäßig* bestimmten Wasserzins-Maximums verlangt, wie wir es in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 WRG vorfinden. Der historische Gesetzgeber hatte sich damals, bei der Schaffung des Wasserrechtsgesetzes für diese Variante entschieden, aber er hätte die „Schranken“ auch auf andere Weisen errichten können, um seinem Auftrag nach zu kommen.²⁷⁸

Die Trennlinie zwischen Modellen mit und ohne Notwendigkeit einer Verfassungsänderung bestimmt sich nach dem aktuellen Verfassungsauftrag: Solange der Bund in adäquater Weise seinen Auftrag, „Schranken“ zu setzen, erfüllt, bedarf es keiner Änderung der Verfassung. Soll auf diesen Auftrag verzichtet werden – zugunsten der Gestaltungsfreiheit der einzelnen Kantone –, dann muss die Verfassung geändert, d.h. der Bund aus seiner Verpflichtung entlassen werden.

²⁷⁷ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998 f.

²⁷⁸ Näheres unter Ziff. 5.13, 7.21.1.

In seiner Botschaft fuhr der Bundesrat daher fort: „Bei *Lösungsansätzen ohne Verfassungsänderung* sind zwei Grundausrichtungen zu unterscheiden. Entweder wird an einem gesetzlich vorgeschriebenen Wasserzinsmaximum wie bis anhin festgehalten, oder es wird eine Bundesvorschrift ohne betragsmässige²⁷⁹ Begrenzung des Wasserzinsmaximums geschaffen.“

Im ersten Fall (gesetzlich vorgeschriebenes Maximum²⁸⁰) sind drei Modelle möglich. Der Maximalsatz kann wie bei den bisher durchgeföhrten Revisionen des WRG einfach erhöht werden. Oder es kann ein differenziertes Maximum geschaffen werden, wie dies in der Vergangenheit mit der Einföhrung einer Qualitätsstufenregelung bereits einmal geschehen war. Als dritter Ansatz ist denkbar, eine Indexierung der Wasserzinsregelung einzuföhrten. (...).

Im zweiten Fall wäre auf bundesrechtliche Vorschriften zwar nicht zu verzichten, aber von einer betragsmässigen²⁸¹ Begrenzung des Wasserzinses abzusehen. Das Bundesrecht müsste dann aber die Kriterien für die Bildung und Begrenzung des Wasserzinses generell umschreiben. Dadurch könnten mit der Zeit unterschiedliche kantonale Höchstansätze und Bemessungssysteme entstehen. Diese würden allerdings der richterlichen Überprüfung des Bundesgerichtes bezüglich der Übereinstimmung mit den Vorschriften des WRG und der Bundesverfassung unterstehen.“

Ob durch eine „generelle Umschreibung“ des Wasserzinshöchstsatzes wirklich „unterschiedliche kantonale Höchstansätze und Bemessungssysteme entstehen“ würden, scheint allerdings eher fraglich. Wenn zugunsten der Kantone durch solche alternative Modellansätze wenigstens teilweise „liberalisiert“ werden sollte, dann ist eine Umschreibung auf Bundesebene, konkrete etwa im Wasserrechtsgesetz – beispielsweise ein „verbaler“ Höchstsatz anstelle der heutigen 80 Franken pro Kilowatt Bruttolleistung in Art. 49 WRG –, nicht zwingend die nahe liegendste (deregulierende) Lösung. Denn „eigentlich“ sollte, bei „richtiger“ Anwendung der „verbalen Umschreibung“ immer der gleiche Betrag resultieren.

Die von Kilchenmann vorgeschlagene und vom Bundesrat in der Botschaft zusammengefasst Variante von „Bundesvorschriften ohne zahlenmässige Höchstansätze“ sieht folgendermassen aus:²⁸²

²⁷⁹ Vielleicht wäre es besser, anstelle von „betragsmässige“ von „zahlenmässige“ zu sprechen. Denn, selbst wenn im Gesetz das Wasserzinsmaximum nur umschrieben wird, so ist das Ergebnis für die Betroffenen stets ein konkreter Betrag, der von ihnen für die Nutzung der Wasserkraft zu bezahlen ist.

²⁸⁰ Diese Sprachregelung ist nicht ganz glücklich, denn das Maximum ist auch im nächsten, im zweiten Fall „gesetzlich“, nämlich durch das Wasserrechtsgesetz, vorgeschrieben. Was diesen ersten Fall auszeichnet, das ist – zumindest in den ersten beiden genannten Möglichkeiten – die direkte zahlenmässige Bestimmtheit der Abgabe. In der dritten Variante ist etwas mehr Rechenarbeit verlangt.

²⁸¹ Auch hier besser: „zahlenmässigen“.

²⁸² Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 70 f.; vgl. auch die Kurzfassung 115 ff.

Kilchenmann wiederholt, die Verfassung verlange nicht zwingend, „dass das Bundesgesetz zahlenmässige Höchstsätze bestimmt“: „Eine Regelung, welche sich auf der Stufe des Bundesgesetzes mit verbal, d.h. generell-abstrakt umschriebenen Schranken begnügt, ist denkbar. Sie besteht aus zwei, vorzugsweise aus drei Elementen:

- Bestimmungen im WRG über die Bildung und Begrenzung des Wasserzinses;
- Empfehlungen der Bundesbehörden an die Kantone über die Höchstansätze;
- Überprüfung der Einhaltung der Bundesvorschriften durch den Richter.“

Das erste Element klingt grundsätzlich nachvollziehbar und es insinuiert auch ein Mehr an „Freiheit“ für die Rechtadressaten, konkret die verleihenden Gemeinwesen. Allerdings stellt sich gleich bei der Lektüre von Element zwei die Frage, wie diese Empfehlungen „über die Höchstansätze“ aussehen sollen, wenn durch sie die durch das erste Element vage versprochene „Freiheit“ nicht sogleich wieder aufgehoben werden soll. Und wenn man das dritte Element liest, dann kommt man nicht um die Frage herum, ob die „verbale Umschreibung“ nicht in Wirklichkeit auf einen bzw. mehrere – zahlenmäßig bestimmbare – Beträge hinausläuft bzw. hinauslaufen muss, solange die Verfassung vom Bund die Errichtung von „Schranken“ verlangt.

Kilchenmann fährt fort: „Der zu überarbeitende Artikel 49 WRG hat vom (unverändert beizubehaltenden) Grundsatz des Artikels 48 Absatz 2 auszugehen: Die dem Konzessionär auferlegten Leistungen in ihrer Gesamtheit dürfen die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren. Das Gesetz stellt aber keinen zahlenmässigen Höchstsatz mehr auf, sondern nennt generelle Kriterien, wie die Kantone den Wasserzins zu bilden haben, beispielsweise

- nach einer bestimmten Bemessungsgrundlage,
- nach der Qualität der zu erzeugenden elektrischen Energie,
- Ausrichtung auf verschiedene Preisentwicklungen.²⁸³

Es muss dafür gesorgt werden, dass die kantonalen Wasserzinsen in Aufbau und Höhe untereinander vergleichbar bleiben. Diese *Harmonisierung* des Systems kann ohne Verfassungsänderung nicht preisgegeben werden. Artikel 51 WRG über die Berechnung des Wasserzinses ist deshalb beizubehalten oder allenfalls anzupassen. Beizubehalten ist auch Artikel 49 Absatz 4, welcher verlangt, dass die Abgabe für die nach anderen Kantonen ausgeführte Kraft nicht höher sein darf, als für die im Kanton selbst verwendete (*Diskriminierungsverbot*). Dagegen braucht es, wenn das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum fällt, die Bestim-

²⁸³ Was mit diesen Kriterien genau gemeint ist, das führt Kilchenmann allerdings nicht aus.

mung von Artikel 49 Absatz 3 (sc. gemeint ist Abs. 2) nicht mehr, wonach ein solches Maximum nicht durch zusätzliche besondere Steuern unterlaufen werden darf.“

Was mit diesem letzten Satz gemeint ist bzw. welche Überlegungen zu dieser Schlussfolgerung geführt haben, ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Vielleicht Folgendes: Da im Gesetz keine zahlenmässige Obergrenzen mehr genannt wäre, könnten sie ja gar nicht „durch zusätzliche besondere Steuern unterlaufen werden“. Das würde allerdings nicht viel Sinn machen: Solange die Verfassung vom Bund verlangt, für die Abgaben, die auf der Wasserkraftnutzung erhoben werden, „Schranken“ zu setzen, muss es sich um „Schranken“ handeln, die in konkrete Zahlen „übersetzt“ werden können. Am Schluss jeder „Auslegung“ will die Konzessionärin wissen, wie viel sie in Franken und Rappen zu bezahlen hat.

Auch wenn in den einzelnen Kantonen die bundesrechtlichen „verbalen“ Vorgaben in kantonale Bestimmungen „übersetzt“ werden, die beispielsweise im Sinne kantonaler Höchstsätze die „verbal umschriebenen“ bundesrechtlichen Schranken respektieren, bestünde immer noch die Möglichkeit, die Werke mit „besonderen Steuern“ zu belegen – wenn dies durch das Bundesrecht nicht untersagt wäre.

Nun, Kilchenmann führt weiter aus, die bisherigen Ausführungen ergäben folgende, auf vier Elementen beruhende *bundesrechtliche Minimalordnung*:

- „Keine wesentliche Erschwerung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte unter Einbezug aller Leistungen der Konzessionäre (wirtschaftliche Tragbarkeit des Wasserzinses);
- Bindung der Wasserzinse an bundesrechtlich umschriebene Kriterien, welche die unterschiedlichen Leistungs- und Nutzwerte der Wasserkräfte berücksichtigen;
- vergleichbare Bemessungs- und Berechnungssysteme;
- keine fiskalische Diskriminierung der aus den Kantonen ausgeführten Wasserkräften bzw. elektrischen Energie.“²⁸⁴

Das erste Element ist sicherlich von zentraler verfassungsrechtlicher Bedeutung. Auch im Hinblick auf eine mögliche Indexierung bzw. die Erhöhung des Wasserzinses durch einen Speicherzuschlag ist immer dafür Sorge zu tragen, dass der Zins für die Betroffenen tragbar ist und bleibt. Bei einer erstmaligen Verleihung mag dieses Kriterium von geringem Gewicht sein, weil sich kaum jemand finden lassen dürfte, der bereit ist, einer Verleihung zuzustimmen, die für ihn wirtschaftlich nicht tragbar ist. Wenn ein Werk aber einmal errichtet ist und allfällige Erhöhungen des Wasserzinses anstehen, dann wird es – angesichts der bereits

²⁸⁴ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 70.

investierten Summen – für die Betroffenen „überlebenswichtig“, dass Erhöhungen, die sie zu tragen haben, für sie auch tragbar bzw. zumutbar sind.

Das zweite Element ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Was bringt die Einführung eines neuen Modells „ohne zahlenmässige Höchstsätze“ auf Bundesebene, wenn die Kantone nicht dazu verpflichtet wären, sich an die bundesrechtlichen Vorgaben zu halten?

Gleiches gilt für das dritte Element, obwohl es im Grunde genommen nicht wirklich viel aussagt: Alles ist bekanntlich mit allem vergleichbar. „Unterm Strich“ müssen sich die kantonalen Bemessungs- und Berechnungssysteme einfach an die bundesrechtlichen Vorgaben halten. Mit anderen Worten: so wie sich die Kantone bzw. die verleihenden Gemeinwesen heute an Art. 51 WRG, Berechnung des Wasserzinses, bzw. an die Wasserzinsverordnung halten müssen, so müssten sie dies auch in Zukunft tun – unabhängig davon, ob der Art. 51 noch genau gleich lauten würde und ob der bundesrechtliche maximal zulässige Wasserzins nun zahlenmäßig im Wasserrechtsgesetz bestimmt wäre oder nicht. Wichtig ist, dass die bundesrechtlichen Schranken eingehalten werden.

Während früher unterschiedlichste kantonale Bemessungsarten anzutreffen waren, die solange nicht mit den bundesrechtlichen Vorgaben in Konflikt gerieten, als der durch sie festgesetzte Wasserzins pro Leistungseinheit das nach eidgenössischen Vorschriften berechnete Maximum nicht überschritten, sind heute gemäss Wyer alle Kantone zur bundesrechtlichen Art der Bemessung übergegangen.²⁸⁵ Ähnlich dürfte sich die Sachlage auch bald präsentieren, wenn von zahlenmässigen Höchstsätzen auf Bundesebene abgegangen würde.

Kilchenmann weist weiter darauf hin, das soeben wiedergegebene System könne mit der Zeit zu unterschiedlich hohen Wasserzinsen in den Kantonen führen:²⁸⁶ „Die kantonalen Gesetzgeber werden die generellen Kriterien des Bundesrechts auf ihre Weise auslegen und nach den jeweiligen kantonalen Zielsetzungen ausrichten. Eine gewisse Bandbreite sollte dabei nicht unter-, vor allem nicht überschritten werden. Denkbar ist auch, dass einzelne Kantone ihre Wasserzinssätze untereinander abstimmen werden.“²⁸⁷

Letzteres ist mit einiger Wahrscheinlichkeit zu vermuten. So wie sich im Verlaufe der Jahre die Hoffnungen des Bundesrates zerschlagen haben, die Kantone würden nicht durchgehend den bundesrechtlich zulässigen Wasserzinshöchstsatz einfordern, so steht zu erwarten, dass sich in verhältnismässig kurzer Zeit die kantonalen Höchstsätze einander angleichen bzw. gleich werden.

Wie Kilchenmann anspricht, wird der Überprüfung der kantonalen Sätze durch das Bundesgericht einige Bedeutung zukommen. Das dürfte zur Folge haben, dass sich die Kantone an die vom Bundesgericht in einzelnen Entscheiden als noch zulässig bzw. tragbar erachteten Höchstsätze halten werden. Warum soll-

²⁸⁵ Wyer, Abgaben, 65, Rz. 87.

²⁸⁶ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 71.

²⁸⁷ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 71; vgl. auch 77.

ten sie – wo es doch um *ihre* Einkünfte geht, künftig weniger verlangen als ein anderer Kanton? Die „Freiheit“, mit den Wasserzinsen unter dem bundesrechtlichen Maximum zu bleiben, diese „Freiheit“ haben die Kantone schon immer gehabt. Ausgenützt wurde und wird sie noch dort, wo zwar ein geringerer Zins, dafür aber eine besondere Steuer erhoben wurde, die zusammen mit dem Wasserzins das bundesrechtliche Maximum respektierte.

Wenn, zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit, nach einer Periode der Unsicherheit die kantonalen Ausgestaltungen der „verbalen“ bundesrechtlichen Vorgaben sich einander angleichen dürften, dann stellt sich die Frage, warum man dieses Modell wählen sollte. Kilchenmann selbst scheint ihm im Grunde genommen wenig abgewinnen zu können: „Die Vorteile des heutigen Systems – wozu auch ein System mit differenzierten Maximalsätzen gehören würde – sind erheblich. Schwerwiegende Nachteile hat es nicht gezeigt. Gewichtige Vorteile eines Modells, das die kantonalen Systeme lediglich harmonisiert und auf bundesrechtliche Höchstbeträge verzichtet, liegen nicht auf der Hand, dagegen erhebliche Probleme. Das spricht zwar gegen einen Systemwechsel, begründet aber nicht hinreichend die Notwendigkeit einer vorgängigen Verfassungsänderung, sollte ein Wechsel dennoch erwogen werden.“²⁸⁸

Zu den von Kilchenmann angesprochenen erheblichen Problemen gehört sicherlich der nicht unerhebliche Aufwand, 26 kantonale Wasserrechtsgesetzgebungen gemäss den bundesrechtlichen „verbalen“ Vorgaben auszugestalten – insbesondere kantonale Höchstsätze festzuschreiben, da der Hinweis auf ein wenig fassbares bundesrechtliches Maximum den Anforderungen des Legalitätsprinzips nicht genügen würde.²⁸⁹ Ein Problem ist die Anwendung dieses Modells auf jene Fälle, in denen der Wasserzins bestehender Werke angehoben werden soll. „Konzessionen, in denen der jeweils geltende *bundesrechtliche Höchstansatz* als massgebend bezeichnet wird, müssen“, gemäss Kilchenmann, „einen neuen kantonrechtlichen Höchstansatz nicht ohne weiteres hinnehmen. Über die Anpassungsklausel wird mit den Konzessionären neu zu verhandeln sein. (...) Wie die Rechtsprechung das Problem ... lösen würde, ist unsicher“.²⁹⁰ Ob wirklich mit den Konzessionären verhandelt werden müsste, ist zumindest in jenen Fällen eher fraglich, wo *nicht* auf einen *zahlenmäßig* bestimmten bundesrechtlich Höchstsatz verwiesen wird. Denn, da der kantonale Höchstsatz ja „eigentlich“

288 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 73.

289 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 71. Vgl. auch Jagmetti, Energierecht, 508 f., Rz. 4537: „Unabhängig von dieser Qualifikation gelten für die Erhebung der Abgabe die strengen Anforderungen an die Legalität, da die zu entrichtende Vergütung nicht an das Kostendeckungsprinzip gebunden ist. Der Gesetzgeber muss somit den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen festlegen, bei einer Konzessionsabgabe mindestens mit dem Höchstsatz.“ Vgl. auch Wyer, Abgaben, 78, Rz. 102. Bei kostenunabhängigen Kausalabgaben, wie sie für Sondernutzungskonzessionen und die Bewilligungen zum gesteigerten Gemeingebrauch erhoben werden, wird, wie Jagmetti, Energierecht, 232, Rz. 2412, Anm. 546, mit Verweis auf BGE 126 I 180, E. 2a bb festhält, dem Legalitätsprinzip „bereits Genüge getan ... , wenn das formelle Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt“.

290 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 72.

nichts anderes sein sollte als die Umsetzung der „verbalen“ Umschreibung des Wasserzinsmaximums, sollte er bestimmt bzw. bestimmbar sein. Streitigkeiten darüber dürften sich aber zweifellos häufen.

Schwierig ist weiter der Umstand, das mit diesem Modell letztlich „das Problem der zulässigen Obergrenze vom Gesetzgeber auf den Richter übertragen wird.“ Ob die von Kilchenmann geäusserte Vermutung, es sei anzunehmen, „dass die Rechtsprechung in einer gewissen Bandbreit unterschiedliche kantonale Höchstansätze zulassen“ werde, „soweit überzeugende Begründungen vorliegen“, sich realisieren würde, scheint eher unwahrscheinlich.²⁹¹ Zum einen wird nicht klar, wie das Modell im Detail bzw. in praktischer Hinsicht auszustalten wäre. Daher lässt sich nicht wirklich sagen, ob es vom Bundesgericht in der einen oder anderen (kantonalen) Version bzw. „Übersetzung“ akzeptiert würde. Zudem scheint es am Erkenntnisinteresse zu fehlen: Warum, wozu sollte man ein solches Modell wählen?

Gesetzt der Fall, die Kantone wollten die Nutzung der Wasserkraft zusätzlich fördern, sie wollten sicherstellen, dass auch weniger interessante Vorkommen gefasst und zur Energieproduktion verwendet werden, dann dürfen sie schon heute so wenig Wasserzins verlangen wie sie bzw. der kantonale Gesetzgeber wollen. Sie können die Nutzung auch unentgeltlich zulassen – entsprechende kantonale Normen vorausgesetzt. Sie können schon heute differenzierte Höchstsätze nach Lage des Werks, nach „Güte“ des Wassers, danach ob es sich um ein Laufkraft- oder ein Speicherwerk handelt etc. festsetzen, solange sie nur das Wasserzinsmaximum von Art. 49 WRG respektieren.

Was hätten sie also zu gewinnen?

Kommen wir zurück zu der Zusammenfassung des Kilchenmann’schen Gutachtens in der bundesrätlichen Botschaft:

„Bei Lösungsansätzen mit Verfassungsänderung würde der Bund aus der Pflicht zur Gesetzgebung im Bereich der Wassernutzungsabgaben entlassen. Hierzu müsste jedoch Artikel 24^{bis} Absatz 3 BV (sc. heute Art. 76 Abs. 4 BV) geändert werden. Wenn der Bund auf Vorschriften über den Wasserzins verzichtet, würde diese Kompetenz wie vor Inkrafttreten des WRG den Kantonen überlassen bleiben. Aus der Streichung dieser Bestimmungen würde zwingend folgen, dass 26 kantonale Wasserzinsregelungen entstehen würden, die im Falle von Streitigkeiten einer Überprüfung durch das Bundesgericht unterstünden.“²⁹²

Die Frage, ob der Bund inskünftig für die Abgaben bei der Nutzung der Wasserkraft keine „Schranken“ mehr setzen sollte, ist keine juristische. Sie hat allerdings, je nach dem, wie sie beantwortet wird, rechtliche Konsequenzen. Soll sich

²⁹¹ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 72.

²⁹² Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 999.

der Bund zurückziehen, so müsste er aus seiner verfassungsrechtlichen Pflicht entlassen werden: die Verfassung wäre daher zu ändern.

Die Liberalisierung des Wasserzinsmaximums bzw. die Aufhebung der Wasserzinsschranke wurde in der Teilrevision von 1995 vom Bundesrat schliesslich nicht vorgeschlagen: „Er hält jedoch eine weitergehende Systemänderung in Richtung einer Liberalisierung der Wasserzinsregelung gegenwärtig für verfrüht.“²⁹³ Auch verzichtete er auf die weitestgehende Deregulierungsmöglichkeit im Bereich der Wasserkraftnutzung, die schliesslich nicht in der Freigabe der Wasserzinse auf der Stufe des Bundesrechts bestehen würde, sondern in der Privatisierung der Gewässer und der Gewässernutzung. Da dazu jedoch umfassende Änderungen der privatrechtlichen Ordnung unseres Rechtssystems nötig wären, wurde dieser Lösungsansatz nicht weiter untersucht.²⁹⁴

8.22 Liberalisierungsbemühungen der letzten Jahre

8.22.1 Die Beratungen von 1996

Obwohl der Bundesrat eine Liberalisierung oder Deregulierung der Wasserzinsen im Jahre 1995 selbst nicht vorgeschlagen hatte, fand sie während der Beratungen im National- und Ständerat einige Verfechter.

Ständerat Frick hielt fest: „Der Bundesrat beantragt leider keine Totalrevision. Die Teilrevision als helvetischer Kompromiss hat ihm nach dem kontroversen Vernehmlassungsverfahren genügt. (...) Er will die bundesrechtliche Höchstschranke beibehalten, obwohl diese Schranke überholt ist. Der Höchstzins ist ein Relikt aus dem ersten WRG von 1916. Er war eingeführt worden, als der Ausbau der Wasserkraft mit alle Mitteln noch gefördert werden musste. Heute ist der Ausbau der Wasserkraft praktisch abgeschlossen. Die Preiskontrolle durch den Bund hat ihre innere Bedeutung und Berechtigung verloren.“²⁹⁵

Die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums werden kurz und knapp richtig zusammengefasst. Grundsätzlich richtig ist wohl auch die Feststellung, dass der Ausbau der Wasserkraft praktisch abgeschlossen ist.

Ob die Preiskontrolle durch den Bund „ihre innere Bedeutung und Berechtigung verloren“ hat, kann und muss aus juristischer Sicht nicht beurteilt werden. Hingewiesen werden darf immerhin, dass der Verlust bzw. die weitgehende Erfüllung der ursprünglichen Zielvorgabe nicht bedeuten muss, dass die Preiskontrolle ihre Bedeutung und Berechtigung verloren hat. Es ist denkbar – aber das ist kei-

²⁹³ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 1002. Vgl. Sigg/Röthlisberger 12 f.

²⁹⁴ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 999.

²⁹⁵ Amtl. Bull. SR 1996 71 f.

ne juristische Thematik –, dass die Preiskontrolle heute andere Funktionen erfüllt als früher.

Wenn Ständerat Frick anschliessend ausführt, heute habe „der Höchstzins nur noch die Funktion, den Wasserkantone die marktwirtschaftlich angemessene Entschädigung zu verwehren“ und „der Höchstzins (sei) ein kolonialistisches Instrument, um den einzigen natürlichen Rohstoff billig auszubeuten“, so ist das ein Vorwurf, der ebenfalls von anderer Seite bestätigt oder entkräftigt werden muss.

Auch Ständerat Schüle zeigte sich durch die bundesrätliche Vorlage wenig befriedigt: „Im Grunde genommen müssten wir die Wasserzinsen heute und jetzt völlig liberalisieren, und es war offensichtlich falsch, dass ich eingewilligt habe, aus der Motion ein – weniger verbindliches – Postulat zu machen.“

Der Bund sollte sich aus seiner Rolle als planwirtschaftlicher Preiskontrolleur bei den Wasserzinsen zurückziehen. Wir müssen die Wasserzinsen den Marktkräften überlassen; die Gebirgskantone sollen Anspruch haben, ihre Ressourcen frei zu nutzen, ihre Ressourcen marktgerecht zu verwerten. (...) Die Liberalisierungsproblematik ist an die Hand zu nehmen, ohne dass wir noch viel Zeit verlieren.“²⁹⁶

Auch dieses Votum verlangt nicht nach rechtlicher Beurteilung, sondern nach politischer Diskussion. Sollte man sich darauf verständigen, die heutige Regelung abschaffen und „die Wasserzinsen den Marktkräften überlassen“ zu wollen, dann wäre – aus juristischer Sicht – allerdings eine Verfassungsänderung notwendig.²⁹⁷ Angemerkt sei zudem, dass die Aufhebung einer bundesrechtlichen Preiskontrolle nicht bedeutet, dass die Wasserzinsen „urplötzlich“ den Marktkräften überlassen würden. Abgesehen davon, dass niemand weiß, was „Marktkräfte“ sind, gibt es einen „Markt“ (um dieses Wort einmal ganz naiv zu gebrauchen) nur dort, wo es Normen gibt bzw. diese eingehalten werden. Ohne (Rechts-)Normen – insbesondere ohne eine (implizite oder explizite) Regelung der Eigentumsverhältnisse und gewisser Regeln des Austausches – gibt es keinen Markt. Der Markt „spielt“ (um dieses Wort wiederum naiv zu verwenden) im Rahmen, der durch die Rechtsnormen, die Rechtsordnung gebildet wird.

Auch Ständerat Bloetzer unterstützte die Idee einer Liberalisierung der Wasserzinsregelung: „Eine Liberalisierung der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft, die Freigabe der Wasserzinsen und damit die Abschöpfung der möglichen Mehrerinnahmen, die sich bei einer marktwirtschaftlichen Preisbildung im Elektrizitätsmarkt ergeben, in Verbindung mit der Neuordnung des Finanzausgleiches, drängt sich nachgerade auf.“²⁹⁸

Ziemlich heftig mit dem Bundesrat ins Gericht ging Ständerat Schiesser: „Der Bundesrat sagt in der Botschaft mit keinem Wort, welches die möglichen Auswir-

296 Amtl. Bull. SR 1996 75 f.

297 Vgl. Ziff. 8.31.

298 Amtl. Bull. SR 1996 76.

kungen und Folgen einer allfälligen Liberalisierung sein könnten. Es wird an zwei, drei Stellen auf diesen Punkt eingegangen. Es wird ausgeführt, eine Liberalisierung sei aus den verschiedensten Gründen noch verfrüht. Im wesentlichen sind es fiskal- und finanzpolitische Gründe, die vom Bundesrat angeführt werden. (...)

Kollege Frick hat bereits darauf hingewiesen, dass in dieser strikten Bindung wesentliche Gründe für die heutigen, hohen Strompreise liegen. Auch in dieser Beziehung ist die bundesrätliche Botschaft nicht nur mager, sondern nichtssagend. (...)

Der richtige Weg führt dort entlang, wo nicht irgendwelche letztlich immer willkürliche Entscheidungen zu einem Preis führen, sondern wo der Preis, der bezahlt werden muss, durch den Markt, durch Nachfrage und Angebot festgelegt wird. Auch aus diesem Grunde bitte ich, dass man in dieser Frage der Liberalisierung und Beseitigung dieser Wasserzinsschranke ... vorwärtsmacht.²⁹⁹

Im Zweitrat zielten verschiedene Voten ebenfalls in Richtung „Liberalisierung“. So führte Nationalrat Dettling aus: „Es ist höchst fragwürdig, dass man im Zuge der überall lauthals geforderten Deregulierung mit anachronistischen Höchstpreisvorschriften nach wie vor den Markt regulieren will. Nun ist es zwar richtig, dass eigentlich die Freigabe oder Liberalisierung die richtige Lösung wäre. Jedermann in diesem Saale weiss aber, dass die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen hierfür zurzeit noch nicht gegeben sind. Um so fragwürdiger ist es aber, wenn unter diesen Umständen über das Instrument von Höchstpreisvorschriften ein auch nur annähernd gerechter Marktpreis weiterhin verhindert werden soll. Die fragwürdigen Deregulierer lassen grüssen!“³⁰⁰

Und Nationalrat Rechsteiner brachte vor: „Das heutige Wasserrecht ist stark veraltet. Es ist, wie Ständerat Frick sagte, ein koloniales Relikt. Wir kennen keine ähnlichen Beschränkungen bei der Nutzung von Boden, Wasser oder Luft in irgendeinem anderen Bereich. Stellen Sie sich einmal vor, der Bund würde hinsichtlich Bodennutzung vorschreiben, wieviel man verlangen darf.³⁰¹ (...)

Im Bereich des Wasserrechtes haben wir dieses historische Relikt. So, wie es aussieht, wird es nicht mehr lange halten. Heute aber ist es noch so, dass die Bergkantone daran gehindert werden, ihre eigenen Ressourcen nach marktwirtschaftlichen Regeln zu verkaufen. (...)

Ist es denn richtig, eine knappe Ressource wie die elektrische Energie preislich zu beschränken, wenn wir eigentlich Energie sparen möchten? Eine Preisbeschränkung heisst ja, dass der Verschwendungs Vorschub geleistet wird. Ist es richtig, ausgerechnet die Einkommen der ärmeren Kantone in der Schweiz durch solche Bevormundungen zu beschränken, um ihnen dann künstlich wieder mit

299 Amtl. Bull. SR 1996 78 f.

300 Amtl. Bull. NR 1996 1072 f.

301 Was der Bund zusammen mit den Kantonen zumindest indirekt und zugegebenermaßen allerdings ohne *rechtliches* Limit durch das Mittel der Raumplanung durchaus macht. Oder man denke an die Restriktionen durch das bäuerliche Bodenrecht.

dem Finanzausgleich zu Hilfe zu eilen? Kann man ernsthaft eine Liberalisierung der Stromwirtschaft verlangen und gleichzeitig den Kantonen verbieten, ihre Ressourcen zu Marktbedingungen zu verkaufen? Wir meinen nein.

Das geltende Recht führt zu erheblichen Marktverzerrungen, und zwar in einem Ausmass, wie es in anderen Bereichen inzwischen abgeschafft worden ist".³⁰²

Bei Nationalrätin Semadeni erwachte ihre „antikolonialistische Alpenseele“: „Im Energiebereich herrscht immer noch eine Monopolsituation, und gerade jene, die immer wieder von Liberalisierung und Deregulierung reden, verweigern den Berggebieten einen marktgerechten Preis für die Wasserkraft“.³⁰³

Die Stossrichtung dieser und ähnlicher Voten in den Räten dürfte klar geworden sein: Die bundesrechtlichen Schranken verhindern – aus deren Sicht –, dass die Kantone bzw. die verleihenden Gemeinwesen ihre Ressource „Wasserkraft“ zu einem wesentlich höheren Preis auf dem „freien Markt“ verkaufen könnten. Würden Angebot und Nachfrage allein den Preis bestimmen, liesse sich mit der Verleihung der Nutzung der Wasserkraft viel mehr verdienen.

8.22.2 Bergkantone

In seiner Botschaft aus dem Jahre 1995 hielt der Bundesrat hinsichtlich der Resultate des Vernehmlassungsverfahrens ganz kurz fest: „Die Bergkantone haben sich langfristig für eine Liberalisierung ausgesprochen.“³⁰⁴

8.22.3 Interpellation Escher

Die Interpellation von Ständerat Escher aus dem Jahre 2007 zielt in die gleiche Richtung, wenn gefragt wird, ob „die Festlegung des Wasserrechtszinses bei der Umsetzung der Strommarkttöffnung nicht grundsätzlich Sache der Konzessionsparteien entsprechend den Regeln des freien Marktes“ wäre.

8.3 Voraussetzungen einer „Liberalisierung“

Eine „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ der Abgaben zur Nutzung der Wasserkraft lässt sich allerdings nicht einfach dadurch bewerkstelligen, dass der Art.

302 Amtl. Bull. NR 1996 1076.

303 Amtl. Bull. NR 1996 1078.

304 Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 996.

49 WRG gestrichen würde. Es war allen Votanten klar, dass ein solcher Schritt nach mehr verlangte, nämlich nach einer Verfassungsänderung.

8.31 Verfassungsänderung

Ständerat Plattner wies für die Kommission während der Beratungen 1996 auf einige Voraussetzungen und Folgen einer „Liberalisierung“ hin: Dabei stützte er sich, wie der Bundesrat in der Botschaft,³⁰⁵ auf das Gutachten von Kilchenmann zum Wasserzinsmaximum: „Folgende drei Punkte bleiben festzuhalten:

Erstens ist eine vollständige Liberalisierung, also eine Freigabe der Wasserzinsen an den Markt, ... , im Rahmen der geltenden Verfassung nicht zulässig. Artikel 24^{bis} (sc. heute Art. 76) der Bundesverfassung verbietet dies. Sie können es in Absatz 3 klar nachlesen: «Die Kantone setzen die Abgaben in den Schranken der Bundesgesetzgebung fest.» Der Bund ist also gehalten, solche Schranken zu setzen. In welcher Form er sie genau setzen will, bleibt uns überlassen. Aber eine schrankenlose Regelung, die den Kantonen alle Rechte gibt, die nur den Markt spielen lässt, ist mit der heutigen Verfassung nicht möglich. Wer das will, muss auf eine Verfassungsänderung hinarbeiten".³⁰⁶

In dieser Hinsicht hat sich nichts verändert. Die Ausführungen von Kilchenmann hiezu gelten nach wie vor. Einleitend sei kurz an die Tragweite des heutigen Verfassungsauftrages des Bundes erinnert, für die (kantonalen) Abgaben für die Wasserkraftnutzung „Schranken“ zu setzen:

Der Bund *muss* in Sachen Wasserzins(maximum) eine Mindestordnung erlassen, die bestimmt, wie die Abgaben für die Nutzung der Wasserkräfte zu bilden und insbesondere wie sie zu begrenzen sind. Um diesem Auftrag gerecht zu werden, stehen dem Bund grundsätzlich mehrere Modelle zur Verfügung. Er hat sich vor bald hundert Jahren für den Weg der heutigen Wasserrechtsgesetzgebung entschieden. Dabei hatte der Bundesgesetzgeber dem über die blosse Errichtung von Schranken hinausgehenden Verfassungsauftrag gerecht zu werden. Er musste auf die Gesamtinteressen des Landes und auf die Bedürfnisse der Wasserherkunftsgebiete Rücksicht nehmen und die relevanten Interessen gegeneinander abzuwägen.³⁰⁷

Wenn der Bund – zwecks „Liberalisierung“ – von seiner verfassungsrechtlichen Pflicht entbunden werden soll, muss daher die Verfassung geändert werden. Konkret muss die Bestimmung von Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV, „Sie können für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben“, gestrichen werden.³⁰⁸

³⁰⁵ Vgl. oben Ziff. 8.21.

³⁰⁶ Amtl. Bull. SR 1996 79.

³⁰⁷ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 48 ff., 104.

³⁰⁸ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 76, 78,

Mit der Entlassung des Bundes aus seiner Verantwortung in Sachen Wasserzins, wäre eine „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ allerdings noch nicht vollzogen. Ganz im Gegenteil.

8.32 Änderungen der Wasserrechtsgesetzgebung

Klarerweise müsste Art. 49 Abs. 1 WRG, der heute das Wasserzinsmaximum gesetzlich festlegt, gestrichen werden. Wo der Bund nicht mehr zuständig ist, hat er auch nicht die Kompetenz, Höchstsätze zu statuieren. Aufzuheben wäre ebenfalls der zweite Absatz von Art. 49 WRG – der ebenfalls auf den bundesrechtlichen Höchstsatz Bezug nimmt.

Art. 13 WRG müsste überarbeitet werden. Art. 18 WRG wäre zu streichen; der Hinweis auf den Höchstsatz gemäss Art. 49 WRG wäre ja hinfällig. Ebenfalls gestrichen werden müsste Art. 50 WRG. Der Bund könnte auch für die Bauphase keine Schranken mehr aufstellen. Nicht länger nötig wäre auch die Bestimmung zur Berechnung des Wasserzinses gemäss Art. 51 WRG – und zudem die unter anderem auf Art. 49 und 41 WRG abgestützte Wasserzinsverordnung.³⁰⁹

Weiterhin Gültigkeit hat die Feststellung von Kilchenmann, dass die Streichung von Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV, den Bund nicht vollständig aus seiner Verantwortung in Sachen „Wasser“ entlasse. Die restliche Verfassungsbestimmung würde von ihm immer noch gesetzgeberischer Arbeit verlangen. Insbesondere könnten bei einer (Re-)Kantonalisierung der Wasserzinsregelung nicht sämtliche Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes, die den Wasserzins berühren, gestrichen werden. Zumindest ein Artikel im Sinne des heutigen Art. 48 müsste im Gesetz verbleiben: „Er muss wie bisher sicherstellen, dass die Leistungen der Konzessionäre in ihrer Gesamtheit die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren dürfen. Auch das Diskriminierungsverbot der aus den Kantonen ausgeführten Energie (sc. heute Art. 49 Abs. 3 WRG) wird beizubehalten sein.³¹⁰

8.33 (Re-)Kantonalisierung der Wasserzinsfrage

Im Ständerat führte der Berichterstatter, Plattner, weiter aus: „Als zweiter Punkt haben wir in der Kommission gelernt, dass der Wasserzins nicht einfach unkontrolliert den allfälligen Übertreibungen des Marktes unterliegen kann, auch wenn wir die Verfassung geändert hätten oder ändern würden. Der Wasserzins ist eine öffentliche Abgabe, und als öffentliche Abgabe benötigt er eine gesetzliche Grundlage – die Juristen nennen es, glaube ich, das Legalitätsprinzip. Diese gesetzliche Grundlage braucht mindestens auch Grundsätze über die Bemessung der öffentlichen Abgabe.“

³⁰⁹ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 78.

³¹⁰ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 78.

Wenn also auch im Rahmen einer Liberalisierung die Kantone selbst in ihren Gesetzen das Wasserzinsmaximum festlegen dürften, könnten sie es doch nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Konzession tun. Nach einer Liberalisierung könnte die Einhaltung der Bedingung, wonach in den entsprechenden kantonalen Regelungen, die allenfalls sehr hohe Ansätze festsetzen, kein objektives Missverhältnis bestehen darf, mittels staatsrechtlicher Beschwerde dem Bundesgericht zur Überprüfung vorgelegt werden.

Dass man die Preise beim Bundesgericht anfechten kann, ist etwas, das im Markt nicht üblich ist, allenfalls beim Preisüberwacher. Sie wissen aber, wie wenig Kompetenzen er hat. Das Bundesgericht hätte da mehr zu sagen. Man muss also daraus lernen, dass die Marktkräfte auch nach Änderung der Verfassung begrenzt wären, zwar nicht durch uns als Gesetzgeber, sondern durch das Bundesgericht.

Daraus ist folgendes zu schliessen:

1. Öffentliche Abgaben sind grundsätzlich nicht voll liberalisierbar. Es ist ein Irrtum zu glauben, man könne öffentliche Abgaben genauso behandeln wie private Preise.
2. Man muss sich schon die Frage stellen, ob man dann die Kompetenz zur Beurteilung des richtigen, angemessenen, das Missverhältnis vermeidenden Preises lieber bei uns oder beim Bundesgericht situiert. (...)
3. Die Festsetzung des Wasserzinsmaximums alleine ist nicht das Ganze, was die Kantone mit den Konzessionären abmachen. Insbesondere bei Neukonzessionen bleiben im Rahmen von Verhandlungen zwischen Kantonen und Konzessionären beträchtliche Liberalisierungskomponenten bestehen, denn die Konzessionsgeber gewinnen, wie wir alle wissen, in den Konzessionsverhandlungen neben dem Ansatz für die Wasserzinsen oft noch erhebliche weitere Leistungen wie Vorzugs- oder Gratisstrom, Gewinnbeteiligungen, vorteilhafte Heimfalls- oder Rückkaufsbestimmungen usw. Für bestehende Konzessionen gilt das natürlich nicht, aber für diese wäre eine nachträgliche Liberalisierung ohne Schranken während der Dauer einer laufenden Konzession ja wegen der vermuteten Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben vermutlich ohnehin nicht ohne weiteres durchsetzbar.

Ich denke, dass sind die Gründe, welche den Bundesrat dazu geführt haben, im Rahmen dieser Teilrevision beim alten Modell der Festsetzung eines bundesrechtlichen Höchstsatzes zu bleiben. Die Kommission ist dem Bundesrat in diesen Punkten nach einiger Argumentation und einigen Diskussion gefolgt.

Soviel zur Liberalisierung. Ich werde darauf nicht mehr zurückkommen, weil ja in der Detailberatung kein Antrag in dieser Richtung zu beraten ist.³¹¹

³¹¹ Amtl. Bull. SR 1996 79 f.

Mit diesen Informationen zuhanden seiner Kolleginnen und Kollegen fasste Ständerat Plattner gut zusammen, was Kilchenmann in seinem Gutachten ausgeführt hatte: Bundesrechtliche „Deregulierung“ verlangt nach kantonaler Regulierung. Die Kantone sind keine Wasser(kraft)händler, sie können nicht einfach beliebige Preise für ihre Ressource verlangen. Das ist mit dem Hinweis auf das Legalitätsprinzip gemeint: „Der kantonale Gesetzgeber hat die Abgaben zu regeln und zum mindesten einen Höchstsatz festzulegen. Diese Grundsätze, im schweizerischen Verwaltungsrecht, in Rechtsprechung und Rechtslehre fest verankert, schützen die Bürger und die Wirtschaft vor unangemessenen Forderungen und treuwidrigem Verhalten des Staates. Sie dienen der Rechtssicherheit. Die verfassungsrechtlichen Schutzrechte können weder mit einer Eliminierung des Wasserzinsmaximums aus dem WRG noch mit einer Streichung von Art. 24bis Absatz 3 Satz 2 BV (sc. heute Art. 76 Abs. 4 Satz 2) in Frage gestellt werden. Daraus folgt zwingend, dass nach Streichung dieser beiden Bestimmungen einfach 26 verschiedene kantonale Wasserzinsregelungen entstehen werden.“

Kilchenmann zieht das Fazit: „Das Deregulierungspostulat kann auf diesem Wege nicht erfüllt werden.“³¹²

Es mag an dieser Stelle genügen, nochmals auf das Legalitätsprinzip zu verweisen, wie es grundsätzlich in Art. 5 BV, für die Abgabenerhebung in Art. 127 Abs. 1 BV, seinen Niederschlag gefunden hat. Diese Anforderungen gelten auch für Kausalabgaben, zu denen die Wasserzinsen, zählen. Kausalabgaben „müssen sich nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung – wie andere öffentliche Abgaben auch – auf ein Gesetz im formellen Sinn stützen (statt vieler BGE 127 I 60 E. 2d S. 64). Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde, muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie deren Bemessungsgrundlagen nennen. Diese Anforderungen sind jedoch für gewisse Arten von Kausalabgaben gelockert, soweit das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt (BGE 126 I 180 E. 2a/bb mit zahlreichen Hinweisen). Insbesondere kann bei Kausalabgaben – auch bei kostenunabhängigen – bereits genügen, dass das Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt (BGE 126 I 180 E. 2a/bb mit Hinweisen).“³¹³

Wie erläutert, kommen dem Äquivalenzprinzip und dem Kostendeckungsprinzip im Rahmen der Bestimmung der Höhe des Wasserzinses nur beschränkte Tragweite zu, da es sich beim Wasserzins nicht um eine Gegenleistung der Konzessionärinnen für eine staatliche Leistung handelt, sondern um das Entgelt, den Preis für die Ressource „Wasserkraft“. Von gröserer Bedeutung ist denn auch das Prinzip, dass der Wasserzins für die Betroffenen tragbar sein muss.³¹⁴

³¹² Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 76.

³¹³ BGE 128 II 247, E. 3.1. Vgl. auch BGE 131 II 271, E. 6.1. Biaggini 586 f., Rz. 3 ff.

³¹⁴ Vgl. Ziff. 5.4, 6.25 f., 6.33.

8.4 Zu beachten

8.41 Mehr Gerichtsverfahren

Wie bereits angesprochen, hätte eine „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ mit grösster Wahrscheinlichkeit ein Mehr an Gerichtsverfahren zur Folge. Wie von Ständerat Plattner im Rahmen der Diskussion der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes moniert, würde schliesslich das Bundesgericht anstelle der Bundesversammlung über angemessene Höchstsätze befinden.³¹⁵

Ausführungen wie die folgenden aus dem Bundesgerichtsentscheid KW Oberhasli *würde es nicht mehr geben können*, da es künftig an einem bündesrechtlichen Höchstsatz fehlte, der vom Bundesgericht als ausgewogen und für die Werke tragbar bezeichnet werden könnte:

„Die beschwerdeführenden Kraftwerke erachten bei einer Erhöhung des Wasserzinses auf Fr. 80.-- pro BkW das Äquivalenzprinzip als verletzt. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV) für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 128 I 46 E. 4a S. 52; 101 Ib 462 E. 3b S. 468). Allerdings hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass das Äquivalenzprinzip bei Regalgebühren, die auch fiskalischen Zielen dienen dürfen, nur beschränkt Anwendung finden kann (BGE 119 Ia 123 E. 3c S. 130 f.). *Es kommt hinzu, dass es sich beim bündesrechtlichen Höchstansatz um die Belastungsgrenze handelt, welche nach Auffassung des Bundesgesetzgebers den Kraftwerken zugemutet werden darf* (nicht publizierte E. 5 von BGE 126 II 171 = Urteil 2A.517/1998 i.S. Kraftwerke Oberhasli vom 13. April 2000). Da das Bundesgericht aber an die Bundesgesetzgebung gebunden ist (Art. 191 BV), bleibt für eine weitere Überprüfung des Wasserzinses unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit bzw. des Äquivalenzprinzips kein Raum.“³¹⁶

An die kantonalen Normen zur Bestimmung des Wasserzinses wäre das Bundesgericht hingegen nicht gebunden, so dass es diese auf ihre Zulässigkeit, insbesondere auf ihr wirtschaftliche Zumutbarkeit überprüfen könnte.

Immerhin könnten sich im Laufe der Zeit ein „kantonsübergreifender“ Höchstsatz oder mehrere (beispielsweise anlagenspezifische) Höchstsätze herausbilden, die vom Bundesgericht (je) als zulässig erkannt wurden. Denn, wenn ein Kanton mit einem höheren Satz vor Bundesgericht „durch kommt“, dann werden andere

³¹⁵ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 74.

³¹⁶ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.4. Hervorhebung hinzugefügt.

Kantone, die niedrigere Wasserzinsen einfordern, möglicherweise animiert, diese dem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässigen anzugleichen.

In diesem Fall würde sich die Frage stellen, warum man auf einen bунdesrechtlichen Höchstsatz verzichtet hat.

8.42 Anwendung auf bestehende Konzessionen

Wenn die Kantone nach der Abschaffung eines bунdesrechtlichen Wasserzinsmaximums ihren oder ihre eigenen (differenzierten) Höchstsätze aufstellen, dann gelten diese nicht ohne weiteres für bestehende Konzessionen. Vielmehr ergeben sich ähnliche Probleme wie bei einem Übergang zu Bundesvorschriften ohne zahlenmässige Höchstsätze.³¹⁷

Ist der Wasserzins durch einen entsprechend ausgestalteten ausdrücklichen Vorbehalt künftiger Erhöhungen in der Verleihung *nicht* im Sinne eines wohlerworbenen Rechts in seiner Höhe garantiert und also grundsätzlich veränderbar, so stellt sich die Frage, wie eventuell bisher bestandene kantonale Verweise auf das bунdesrechtliche Maximum – etwa im Sinne, der Wasserzins richte sich nach dem jeweiligen Wasserzinsmaximum *des Bundes* – der neuen Rechtslage angepasst werden. Kilchenmann ist der Ansicht, über die Anpassungsklausel sei mit den Konzessionären neu zu verhandeln – sofern der Verweis auf die Bundesregelung in der Konzession selbst enthalten sei.³¹⁸ Das Problem muss im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher behandelt werden, da es ja ein *kantonales* Problem wäre, und keines des Bundes. Die Überlegungen von Kilchenmann haben aber einiges für sich.

8.43 Keine Abschaffung der wohlerworbenen Rechte

Die Frage nach einer Liberalisierung bzw. nach der Abschaffung des bунdesrechtlichen Wasserzinsmaximums darf nicht verwechselt werden mit jener nach der Abschaffung der wohlerworbenen Rechte. Zwar bildet das durch die Konzession zur Nutzung der Wasserkraftnutzung verschaffte wohlerworbene Recht (Art. 43 Abs. 1 WRG) in gewissen Fällen ein Hindernis zur Erhöhung der Wasserzinsen, aber diese Schwierigkeit wird nicht durch ein bунdesrechtliches Wasserzinsmaximum verursacht. Wenn und insoweit die konkrete Höhe des Wasserzinses vom durch die Konzession verschafften wohlerworbenen Recht erfasst wird, ist es irrelevant, ob ein bунdesrechtliches Maximum besteht oder nicht.³¹⁹

³¹⁷ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 76.

³¹⁸ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 72.

³¹⁹ Vgl. Ziff. 5.7.

Wenn im Laufe der Zeit immer mal wieder, insbesondere bei betroffenen Kantonen, die Frage aufgetaucht ist, ob sich die wohlerworbenen Rechte nicht abschaffen liessen, dann war diese eben gerade durch den Umstand motiviert, dass die eventuelle Abschaffung eines bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums alleine den Kantonen nicht ohne weiteres, wenn überhaupt, die Möglichkeit eröffnen würde, die Wasserzinsen nach Belieben zu erhöhen.

Auf Forderungen zur Abschaffung der wohlerworbenen Rechte hatte der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Wasserrechtsgesetzes aus dem Jahre 1984 ausgeführt: „Wie bei der letzten Revision des Wasserrechtsgesetzes angeht, haben wir in der Zwischenzeit die Frage einer allfälligen Aufhebung der wohlerworbenen Rechte prüfen lassen. Herr alt Bundesrichter Dr. Werner Dubach hat diese Frage in einem Rechtsgutachten gründlich untersucht und ist unter anderem zu folgender Schlussfolgerung gekommen:

«Der besondere Schutz, den die Rechtssprechung den wohlerworbenen Rechten zubilligt, ist verfassungsrechtlicher Natur und daher auch vom Gesetzgeber zu beachten.

Die schon postulierte Aufhebung der wohlerworbenen Rechte müsste daher durch eine entsprechende, Änderung der Bundesverfassung erfolgen. Eine solche könnte bestehen in der allgemeinen Feststellung, dass die Gemeinwesen durch ihre in öffentlichrechtlichen Verträgen oder Verfügungen dem Bürger gegebenen Zusicherungen nicht gebunden seien. Die Gemeinwesen würden damit von bestehenden und künftigen Bindungen entlastet, verlören aber gleichzeitig ihre Verpflichtungsfähigkeit, und, ' was noch schlimmer wäre, ihre Zutrauenswürdigkeit. Ein Staat, der keine Verpflichtungen kennt als solche, die er freiwillig erfüllt, und der seine rechtlichen Beziehungen zum Bürger jederzeit entgegen allen Zusicherungen neu zu ordnen vermag, ist durchaus denk- und machbar. Er würde aber den Vorstellungen nicht entsprechen, die in der Schweiz vorherrschend sind.»

Wir schliessen uns diesen Schlussfolgerungen an und schlagen vor, den im Jahre 1976 eingeführten Absatz 3^{bis} von Artikel 74³²⁰ mit den notwendigen Änderungen beizubehalten. Bei der Totalrevision des Gesetzes soll allerdings geprüft werden, ob eine rechtsdogmatische Bereinigung möglich ist, die es erlauben würde, auf den Begriff «wohlerworbene Rechte» zu verzichten, ohne dadurch den Rechtsschutz zu beschränken.³²¹

Wie der aktuelle Art. 43 Abs. 1 WRG zeigt, wurde der Begriff „wohlerworbene Rechte“ bislang beibehalten.

8.43.1 Art. 49^{bis} WRG aus dem Jahre 1996

Im Rahmen der Beratung der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes wurde von einer Minderheit der nationalrätslichen Kommission ein Art. 49^{bis} WRG zur

³²⁰ Der Artikel lautete: „Der geänderte Artikel 49 Absätze 1 und 2 (...) gilt, soweit keine wohlerworbene Rechte verletzt werden“; Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1463.

³²¹ Botschaft WRG 1984, BBI 1984 III 1456.

Diskussion gestellt, der auf eine Abschaffung der wohlerworbenen Rechte zielt.³²²

„Art. 49^{bis} (neu)

¹ Die Vorschrift gemäss Artikel 49 Absatz 1 findet nur auf neue Konzessionen Anwendung. Für Konzessionen von Werken, die vor dem 1. Januar 1996 in Betrieb standen, legen die Kantone den maximalen Wasserzins unter Berücksichtigung von Artikel 39 fest.

² Die Kantone setzen die Höhe der Wasserzinsen nach folgenden Grundsätzen fest:

- a. Die Wasserzinsen sind für das ganze Kantonsgebiet einheitlich festzusetzen.
- b. Für die Berechnung der Wasserzinsen sind die Leistung der Anlage, ihre Speicherkapazität, die Frist seit der letzten, vom Kanton genehmigten Konzessionsgewährung oder -erneuerung sowie das nutzbare Wasservolumen massgeblich.
- c. Die langfristige Wirtschaftlichkeit eines Wasserkraftwerkes darf durch die Höhe der Wasserzinsen nicht gefährdet werden.

³ Vom Wasserzins gemäss Artikel 49^{bis} kann der Bund höchstens 2 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung zur Sicherstellung der Ausgleichsleistungen an Kantone und Gemeinden gemäss Artikel 22 Absätze 3 und 5 beziehen. Im internationalen Verhältnis“

Nationalrat Rechsteiner erläuterte als Mitglied der Minderheit deren Vorschlag: „In Artikel 49^{bis} (neu) wird die umfängliche Kantonalisierung der Wasserzinsen für die bereits bestehenden Kraftwerke vorgeschlagen. Die Antragsteller berufen sich auf den Bericht des Bundesrates zum Wasserzinsmaximum³²³; auf Seite 87 steht, dass ein Verzicht auf das eidgenössische Wasserzinsmaximum auch ohne vorgängige Verfassungsänderung möglich sei. Allerdings müssen die Rahmenbedingungen dann auf Gesetzesebene definiert werden. Dies geschieht im beantragten Artikel 49^{bis} so, dass die Investoren in neue Kraftwerke und auch die Konzessionsnehmer von alten Kraftwerken mit gesicherten Rahmenbedingungen rechnen können. Insbesondere geht es um die Gleichbehandlung sämtlicher Konzessionäre innerhalb des gleichen Kantons und um die Berücksichtigung jener Leistungskriterien, die heute dem Wasserzins schon zugrunde liegen oder in Diskussion stehen.“³²⁴

Sein Kollege Baumberger sprach sich entschieden gegen solchen „Minderheitswildwuchs“ aus: „Grundsätzlich teilen wir die Auffassung, dass auch im Bereich

322 Amtl. Bull. NR 1996 1069 f.

323 Gemeint ist wohl der Bericht Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, wo es auf der genannten Seite heisst: „Der Verzicht auf ein Wasserzinsmaximum im WRG ist ohne vorgängige Verfassungsänderung möglich. Hierzu sind im Bundesgesetz generelle Kriterien für die Bildung und Begrenzung des Wasserzinses festzulegen. (...) Die Kriterien sind von den Kantonen in ein Abgabensystem umzusetzen, welches eine betragsmässige obere Grenze im kantonalen Gesetz beinhalten muss. (...)“

Die kantonalen Festsetzungen unterliegen der Rechtskontrolle des Bundesgerichts bezüglich Übereinstimmung mit den Vorschriften des WRG und der Bundesverfassung.“

324 Amtl. Bull. NR 1996 1075 f.

des Wasserzinses eine zunehmende Liberalisierung anzustreben ist. Ich habe selbst einen entsprechenden Antrag in der UREK gestellt, aber natürlich für neue Werke und für Werke, deren Konzession erneuert wird. Dagegen wäre kaum etwas einzuwenden. Was jetzt aber Herr Rechsteiner Rudolf mit seinem Minderheitsantrag vorschlägt, ist das Spiegelbild dazu. Der Antrag der Minderheit verlangt die Liberalisierung der Wasserzinsabgaben für bestehende Werke. So geht es nun allerdings nicht. Unsere Rechtsgrundsätze lassen nicht zu, dass man einfach mir nichts, dir nichts in bestehende Rechtsverhältnisse eingreift, zumal Konzessionäre im Zeitpunkt des Eingehens der Konzession damit rechnen müssen, was künftig geschieht. Sie können nicht einfach einmal hüst, einmal hott wirtschaftliche Investitionen tätigen. Es geht um Eingriffe in wohlerworbene Rechte, die da vorgeschlagen werden.“³²⁵

Und auch Nationalrat Borel konnte dem Vorschlag, der auf eine Kantonalisierung des Wasserzinses (zumindest für gewisse Anlagen) hinauslief, wenig abgewinnen: „Je dois dire que ces efforts de libéralisation ont rencontré un très petit écho en commission. Alors même que c'est le thème général des partis de droite pour d'autres domaines, ici, très clairement, ces partis estimaient qu'il était prématué de libéraliser, en l'occurrence de cantonaliser les redevances hydrauliques. Je dois donc, au nom de la majorité de la commission, vous recommander de repousser la proposition de la minorité.“³²⁶

Der Antrag wurde denn auch von Nationalrat Rechsteiner zurückgezogen.³²⁷

Eine Bestimmung wie der vorgeschlagene Art. 49^{bis} WRG hätte, wäre er denn von den Räten verabschiedet worden, immerhin davon profitieren können, dass gemäss Art. 191 BV Bundesgesetze „für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“ sind.

Inhaltlich hätte er sich mit dem oben von Dubach kommentierten und von ihm zurückgewiesenen Vorschlag nicht grundsätzlich unterschieden und wäre rechtlich ziemlich fragwürdig gewesen.

8.44 Gründe für und gegen eine Änderung des heutigen Wasserzinssystems

Wer für eine „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ eintritt, tut sicherlich gut daran, sich mit den Gründen zu befassen, die Kilchenmann pro und contra die Beibehaltung des heutigen Systems auflistet und kommentiert.³²⁸

325 Amtl. Bull. NR 1996 1083.

326 Amtl. Bull. NR 1996 1087.

327 Amtl. Bull. NR 1996 1089.

328 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 55 ff., 85 ff. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 186 f., Rz. 218 f.

9. EINFÜHRUNG EINES SPEICHERZUSCHLAGES

9.1 Einleitung

In der gut 90-jährigen Geschichte der Limitierung des (kantonalen) Wasserzinses durch eine bundesrechtliche Schranke im Wasserrechtsgesetz hat zwar die Orientierung an einem einzigen Höchstsatz für alle Formen der Nutzung dominiert,³²⁹ es hat allerdings trotzdem die eine und andere Differenzierung des Wasserzinsmaximums gegeben – und es gibt sie immer noch. Aktuell ist beispielsweise die Möglichkeit des Konzessionärs, während der ersten sechs Jahre nach Ablauf der Baufrist zu verlangen, „dass der Wasserzins im jeweiligen Verhältnis der wirklich ausgenutzten zur verliehenen Wasserkraft, jedoch höchstens bis zur Hälfte herabgesetzt werde“ (Art 50 Abs. 2 WRG).

Mit dem Inkrafttreten der vierten Erhöhung des Wasserzinsmaximums wurden im Jahre 1986 die *Qualitätsstufen* wieder abgeschafft, die auf den 1. Januar 1953 eingeführt worden waren. Durch die Qualitätsstufen konnte damals das Wasserzinsmaximum von 10 Franken pro Pferdestärke Bruttoleistung „für die natürliche Wasserkraft, die zeitlich nur in beschränktem Umfang zur Verfügung steht, bis auf 6 Franken pro Pferdestärke Bruttoleistung reduziert“ werden. Hauptargument für die Einführung der Qualitätsstufen war – gemäss der Botschaft des Bundesrates – gewesen, mit einem reduzierten Wasserzinsmaximum lasse sich der Bau der aufwendigen Speicherkraftwerke fördern – ein Argument, das dreissig Jahre später nicht länger als stichhaltig beurteilt worden war.³³⁰

³²⁹ Vgl. die Kritik an dieser Sichtweise bei Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 26.

³³⁰ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997 f. Allerdings liesse sich wohl darüber streiten, ob dies bei der Einführung der Qualitätsstufen explizit das „Hauptargument“ gewesen sei. In der Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 575, wo der Bundesrat für die Einführung von Qualitätsstufen wirbt, war von der Förderung von Speicherkraftwerken nicht explizit die Rede. Beweggrund für die Einführung von Qualitätsstufen war allgemeiner, die differenzierten Wasserzinsansätze sollten besser „der besonderen Beschaffenheit in bezug auf Qualität und Wert der verschiedenen Wasserkräfte entsprechen“; ebenda.

Zudem bestand bereits seit dem Erlass des Wasserrechtsgesetzes 1916/18 eine Regelung, mit der die Errichtung von Speicherkraftwerken ausdrücklich begünstigt werden sollte. Der damalige Art. 49 Abs. 2 WRG bestimmte: „Bei Unternehmungen, die mit verhältnismässig grossen Auslagen ein zur Ausgleichung der Wassermengen geeignetes Sammelbecken schaffen, soll, sofern die Umstände es rechtfertigen, der Wasserzins für diese Kraftvermehrung angemessen herabgesetzt werden.“

Zu dieser bestehenden Regelung heisst es in der Botschaft WRG 1951, BBI 1951 III 567: „Artikel 49, Absatz 2, behandelt einen Sonderfall: Wenn eine Unternehmung mit grossen Kosten zum Zwecke der Ausgleichung der Abflussmengen ein Speicherbecken schafft, soll der Wasserzins für diese Kraftvermehrung angemessen herabgesetzt werden, sofern die Umstände es rechtfertigen. In der Tat ist der Bau von Kraftwerken dieser Art besonders erwünscht; aber die Kosten sind dafür oft hoch. Es ist daher logisch, dass das Gesetz ihre Erstellung begünstigt. Dieser Grundsatz wird nicht in Frage gestellt.“

Eine erneute Differenzierung des Wasserzinsmaximums wurde und wird mit der Forderung nach Erhebung eines *Speicherzuschlages* wieder aktuell, das heisst – mit anderen Worten – durch die Forderung nach der Wiedereinführung einer Qualitätsstufenregelung. Einer Qualitätsstufenregelung allerdings, die – so wie sie in den Räten 1996 vorgestellt wurde – nicht von einem Maximum ausgehend *Reduktionen* des Wasserzinses für Speicherwerke anstrebt, sondern die umgekehrt eine *Erhöhung* des „normalen“ Wasserzinses gerade für Speicherwerke anvisiert, wobei dieser Erhöhung ihrerseits wiederum Schranken gesetzt wären. Betrachtet man den anlässlich der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes diskutierten Speicherzuschlag unter dem gleichen Blickwinkel wie die Qualitätsstufen von 1953, so handelt es sich jedoch grundsätzlich um ein ähnliches Modell: ein Wasserzinsmaximum (von, wie damals vorgeschlagen, 120 Franken pro Bruttokilowatt) für „grosse“ Speicherkraftwerke, kann für blosse Laufkraftwerke reduziert werden (bis auf 80 Franken pro Bruttokilowatt). Insoweit besteht also kein grundsätzlicher Unterschied zu den Qualitätsstufen früherer Jahre.

Der Speicherzuschlag wird in der Regel als Komponente des Wasserzinses verstanden. Dieser besteht demnach aus zwei Teilen: aus einem Grundbeitrag gemäss der Wassermenge und dem Gefälle und aus einer neuen Komponente, die als Qualitätszuschlag zu verstehen ist, mit der die besondere Qualität bzw. Wertigkeit des gespeicherten Wassers abgegolten werden soll.

Wird der Speicherzuschlag als Komponente des Wasserzinses verstanden bzw. bezahlen demnach auch jene, die das verliehene Wasser mittels eines Speicherkraftwerkes nutzen, „im Grunde genommen“ wie bisher einen Wasserzins, der lediglich höher ist als bis anhin und dessen Berechnung von der vorherigen abweicht, dann gelten für diese Abgabe die im Hinblick auf den „alten/bisherigen“ Wasserzins gemachten Ausführungen.

Anlässlich der letzten Revision des Wasserrechtsgesetzes wurde in den Räten von einigen Votanten allerdings vorgebracht, beim Speicherzuschlag handle es sich um mehr bzw. anderes als eine blosse Komponente des altbekannten Wasserzinses. Der Speicherzuschlag sei keine Kausalabgabe wie jener, sondern eine Steuer.

Würde Letzteres zutreffen, so wäre nach der Zuständigkeits-/Kompetenznorm für eine bundesrechtliche Regelung zu fragen, insbesondere nach einer eventuellen Verfassungsgrundlage. Von Interesse wäre möglicherweise auch die Frage nach der Zulässigkeit und/oder Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Regelung bzw. nach deren Ausgestaltung.

Wie bei den oben bereits behandelten drei anderen Themenfeldern stellt sich wiederum die Frage nach den Auswirkungen bzw. nach der Verbindlichkeit der ins Auge gefassten Regelungen für bestehende Nutzungen/Konzessionen und für neue oder zu erneuernde Nutzungen/Konzessionen.

9.2 Differenzierung des Wasserzinses

Art. 24^{bis alt} aBV hielt in seinen Absätzen 5 und 6 fest:

„Die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte gehören den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten.“

Sie werden für die vom Bunde ausgehenden Konzessionen von diesem nach Anhörung der beteiligten Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung bestimmt. Für die übrigen Konzessionen werden die Abgaben und Gebühren *von den Kantonen innerhalb den durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Schranken festgesetzt.*³³¹

Wie Kilchenmann in seinem Bericht zum Wasserzinsmaximum richtig festhält, hatte Absatz 6 von Art. 24^{bis alt} aBV „also verlangt, dass die Bundesgesetzgebung die Schranken der Abgaben und Gebühren zu bestimmen habe, liess aber offen, wie dies zu geschehen habe“. Dieses Bewusstsein sei verloren gegangen, seit das Wasserrechtsgesetz im Jahre 1918 in Kraft getreten sei und seither *ein einziges* Wasserzinsmaximum kenne.³³²

Diese Einschätzung scheint nach wie vor grundsätzlich richtig, wenn auch zumindest zwischen 1953 und 1986 die Qualitätsstufen durchaus eine differenziertere Art und Weise der Belastung der einzelnen Verleihungen ermöglicht hatten. Zudem war, worauf Kilchenmann selbst hinweist, anlässlich der Beratungen des ersten Wasserrechtsgesetzes diskutiert worden, dass die Rede von einem „Maximum“ schon rein begrifflich nach *einem einzigen* Höchstsatz verlange. Das schliesse jedoch nicht aus, dass durch die Kantone *niedrigere* und differenziertere Abgabensätze angewendet werden könnten.³³³

Die Revision des Verfassungsartikels im Jahre 1975 brachte keine grundsätzlichen Änderungen. Im revidierte Art. 24^{bis} aBV hiess es in Absatz 3:

„Die Verfügung über die Wasservorkommen und die Erhebung von Abgaben für die Wasserbenutzung stehen unter Vorbehalt privater Rechte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten zu. *Die Kantone setzen die Abgaben in den Schranken der Bundesgesetzgebung fest.*³³⁴

Kilchenmann kommentiert diese Revision unter Hinweis auf Absatz 6 der Verfassungsbestimmung, die den Bund verpflichtete, bei der Ausübung seiner Kompetenzen die Bedürfnisse der Wasserherkunftsgebiete und der betreffenden Kantone zu beachten und die Entwicklungsmöglichkeiten zu wahren, wie folgt:

³³¹ Botschaft Art. 24^{bis alt} aBV, BBI 1908 VI 8. Hervorhebung hinzugefügt. Näheres bei Jagmetti, Energierecht, 410 ff, Rz. 4118 ff; Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 22 ff.; Wyer, Rechtsfragen, 5 f.; derselbe, Abgaben, 148, Rz. 187.

³³² Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 26; zu den Beratungen: ebenda, 24 ff.. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 149, Rz. 187.

³³³ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 25 f. Vgl. auch Bericht Kommission Righetti 6.

³³⁴ Hervorhebung hinzugefügt.

„Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers, den maximal zulässigen Wasserzins festzulegen und Bestimmungen zu erlassen, die ein Unterlaufen dieses Maximums vermeiden, ist gestützt auf Wortlaut und Bedeutung des Wasserwirtschaftsartikels und dessen Entstehungsgeschichte gegeben. Unbestritten ist denn auch, dass der Bund auf dem Weg der Gesetzgebung ein Wasserzinsmaximum, wie wir es heute (sc. im Jahre 1993) kennen, festlegen *kann*. Damit steht aber noch nicht fest, ob und wie er es tun *muss*.“³³⁵

Mit anderen Worten: Die Verfassung – auch in der aktuellen Fassung gemäss Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV – verlangt klarerweise, *dass* der Bund für die Erhebung von Abgaben für die Wasserkraftnutzung durch die Kantone „Schranken“ setzt. Nach der Untersuchung von Kilchenmann müssen diese Schranken jedoch nicht zwingend die Form eines zahlenmässig fixierten Höchstsatzes, eines Wasserzinsmaximums haben: „Die betragsmässige Fixierung eines Höchstsatzes für den Wasserzins stellt nicht die einzige Möglichkeit dar, um den Verfassungsauftrag «Festlegung von Abgabenschranken» zu erfüllen. Gerade der Verfassungsgeber von 1908 schloss andere Arten der Begrenzung nicht aus, um der Nutzung der Wasserkraft den Weg zu ebnen.“³³⁶

Daher ist, wie Kilchenmann zu Recht festhält, der Bundesgesetzgeber nicht darauf beschränkt, die „Schranken“ in Form eines zahlenmässig fixierten Wasserzinsmaximums zu setzen. Vielmehr kann er „unter verschiedenen Lösungen, die sich als verfassungskonform erweisen, wählen“.³³⁷

Nicht erfüllt wird der Verfassungsauftrag jedoch, wenn der Bund „die Bildung und Begrenzung der Abgaben vollständig den Kantonen überlassen“ würde. Für einen solchen Schritt in Richtung weitgehender „Liberalisierung“ müsste mit Kilchenmann „vorgängig die Bundesverfassung geändert werden“.³³⁸

Aber bereits bei der gegebenen Verfassungsgrundlage ist gemäss Kilchenmann „das System bundesrechtlicher Höchstbeträge Entwicklungsfähig“: „Es kann den gewandelten Verhältnissen vermehrt Rechung getragen werden. Ausgangspunkt ist stets, dass der Wasserzins eine Entschädigung für die vom verleihenden Gemeinwesen zur Verfügung gestellte Rohwasserkraft ist.“³³⁹ Die in der Realität unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten und -kosten können dann zu einem differenzierten Entschädigungsmodell führen. Es können Zuschläge und Abzüge vorgesehen werden, die an bestimmte Kriterien gebunden werden, wie die zeitliche Verfügbarkeit der verliehenen Wassermengen oder die energiewirtschaftliche Qualität der produzierten Energie. Möglich sind auch Kombinationen.³⁴⁰

335 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 30. Zustimmend Wyer, Abgaben, 150, Rz. 188.

336 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 51.

337 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 51, vgl. auch 53. Zu den Anforderungen an solche Lösungen vgl. ebenda 52 f.

338 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 53.

339 Vgl. auch Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 60.

340 Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 86.

Mit leicht anderen Worten und ausführlicher: „Für ein System differenzierter Höchstsätze sind mehrere Elemente zu berücksichtigen. Ausgangspunkt ist stets die *Rohwasserkraft*. Das verleihende Gemeinwesen wird entschädigt für die Wassermenge und das Gefälle (Gewässerstrecke), welche zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. Das System des Einheits-Höchstsatzes unterstellt, dass es allein Sache des Konzessionärs ist, was er mit der Rohwasserkraft an elektrischer Energie erzeugen kann. Die in der Realität unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten und -kosten werden nicht berücksichtigt. Der Konzessionär zahlt für eine günstige Wasserkraft gleichviel wie für eine schlechtere, und spiegelbildlich verhält es sich beim vereinnahmenden Gemeinwesen: Die bessere Wasserkraft wird gleich entschädigt wie die schlechtere. Ein differenzierteres System müsste hier ansetzen und von einem Normal-Höchstsatz ausgehen. Es könnten Zuschläge und Abzüge in Abhängigkeit bestimmter Kriterien vorgenommen werden, beispielsweise der *zeitlichen Verfügbarkeit* der Wassermenge. Das frühere Qualitätsstufensystem kann differenzierter als damals eingesetzt werden, indem nicht (nur) ein Abzug für schlechtere Verfügbarkeit gewährt, sondern (auch) ein Zuschlag für überdurchschnittliche oder für besonders günstige Verfügbarkeit eingeführt wird.“

Ein weiteres Element wäre eine vermehrte Berücksichtigung der *Energiequalität* und der namentlich bei Speicheranlagen gebotenen Möglichkeit, durch gezielten Einsatz der Anlage die gespeicherte Wasserkraft zu «veredeln». Das würde bedeuten, dass der Wasserzins wenigstens teilweise auf der Energie (produzierte oder produzierbare Kilowattstunden) erhoben wird. Der Normal-Höchstansatz würde etwa einer Grundlast- oder Bandenergie entsprechen. Für Spitzenergie könnte es einen Zuschlag gegeben. Auch Abzüge wären möglich, um weniger attraktive, aber dennoch erwünschte Produktionen zu fördern oder zu erhalten. Die verleihenden Gemeinwesen könnten auf diese Weise in einem angemessenen Rahmen am Ertragswert der von ihnen konzidierten Wasserkräfte partizipieren.

Möglich sind auch Kombinationen, etwa eine Aufteilung des Wasserzinses auf Leistung und Energie. (...)"³⁴¹

Diese Ausführungen von Kilchenmann sind an dieser Stelle nochmals in einiger Ausführlichkeit wiedergegeben worden, weil sie sich problemlos im Sinne eines Plädoyers für einen Speicherzuschlag lesen und verstehen lassen. Da der Verfassungsgeber dem Bund grosse Freiheit gegeben hat zu bestimmen, wie der Wasserzins auszustalten ist, darf und soll er von dieser Freiheit und Möglichkeit Gebrauch machen und den unterschiedlichen Qualitäten der Wasserkraft – der besseren wie der schlechteren Wasserkraft – adäquat Rechnung tragen.

Nun ist allerdings die Rede von günstigerer oder besserer oder schlechterer Wasserkraft tendenziell missverständlich. Wenn man, um im Bild von der „Rohwasserkraft“ zu bleiben, die durch die Verleihung zur Nutzung zur Verfügung gestellte Wassermenge und das Gefälle betrachtet, so hat diese Ressource, also eine

³⁴¹ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 60.

bestimmte Menge Wasser, die fällt, in ihrem (ungenutzten) Naturzustand höchstens einen virtuellen Wert. Einen Wert für den Konzessionär – und damit für das verleihende Gemeinwesen – bekommt die Ressource erst durch die Nutzung bzw. die Investitionen des Konzessionärs,³⁴² erst dadurch, dass dieser geeignete Anlagen erstellt, mit denen sich die Ressource nutzen lässt, sei dies ein Laufkraftwerk oder ein Speicherkraftwerk. Die Wasserkraft erhält ihren realen Wert erst durch die Art und Weise ihrer Nutzung.

Stellen die verleihenden Gemeinwesen die Ressource allen Interessierten zum gleichen Preis zur Verfügung, liegt es auf de Hand, dass – je nach den konkreten räumlichen, topografischen etc. Umständen – der eine Konzessionär mehr investieren muss, um die gleiche Menge an elektrischem Strom zu produzieren als eine andere Konzessionärin, und er dadurch weniger günstig produzieren kann als diese. Es kann sich aber auch ergeben, dass jener, der mehr investiert hat – etwa zur Errichtung eines Speichers –, zwar teurer produziert, er aber mit seiner Spitzenenergie doch mehr verdient als die andere, die „bloss“ ein Laufkraftwerk betreibt.

Wenn das eine Werk trotz gleichem Preis für die Ressource rentabler ist als das andere, dann schlägt sich dies für das verleihende Gemeinwesen unter Umständen – aber eben nur unter Umständen – in höheren Steuereinnahmen (von den Unternehmen) nieder. Häufig jedoch fallen, wie allgemein bekannt (Stichwort „Partnerwerke“), die Steuern nicht primär dort an, wo die Ressource „verarbeitet“ bzw. genutzt wird.³⁴³

Für das verleihende Gemeinwesen ist es unter solchen Umständen nicht mehr als nahe liegend, sich Gedanken darüber zu machen, ob die Ressource jenem Unternehmen, das gewinnbringender produziert, nicht teurer verkauft oder verliehen werden sollte, als jenem, das sich auf die Produktion von verhältnismässig billiger(er) Bandenergie konzentriert bzw. konzentrieren muss, da gewinnträchtigere Anlagen zur Nutzung der zu verleihenden Wasserkraft sich vielleicht – aus unterschiedlichsten (topografischen, politischen etc.) Gründen – gar nicht erstellen lassen.³⁴⁴

³⁴² Vgl. beispielsweise das Votum von Ständerat Keppler in der Kommissionssitzung vom 18. Januar 1985, 25.

³⁴³ So führte Nationalrat Weber in der Beratung der Änderung des Wasserrechtsgesetzes 1976 beispielsweise aus: „dass das geltende Steuerrecht die Partnerwerke einseitig begünstigt, weil diese zu Gestehungspreisen produzierten und deshalb keine Gewinne erzielen, wogegen die Gewinne in den Verteilwerken in den Unterliegerkantonen besteuert werden“; Amtl. Bull. NR 1976 563. Vgl. ebenda 566 auch Nationalrat Biderborst.

³⁴⁴ Als das Wasserrechtsgesetz geschaffen wurde, ging es primär um die Förderung der Nutzung der Wasserkraft, so dass Konzessionären, die bereit waren, mehr zu investieren, indem sie eben beispielsweise kostspielige Speicherbecken erstellten, durch eine „angemessene“ Reduktion des Wasserzinses entgegengekommen wurde. Art. 49 Abs. 2 WRG bestimmte damals: „Bei Unternehmungen, die mit verhältnismässig grossen Auslagen ein zur Ausgleichung der Wassermengen geeignetes Sammelbecken schaffen, soll, sofern die Umstände es rechtfertigen, der Wasserzins für diese Kraftvermeh-

Wenn ein verleihendes Gemeinwesen seine Wasserkraft *nicht* zu einem Einheitspreis verkaufen, sondern den Preis für die Ressource im Hinblick auf die von der Konzessionärin anvisierte und/oder mögliche Art und Weise der Nutzung festlegen möchte bzw. würde, dann haben wir es mit einer Situation zu tun, die beim Verkauf anderer Güter auf dem „freien“ Markt wenig verbreitet ist. „Normalerweise“ verkauft sich ein Gut zu einem (einheitlichen) Marktpreis – und wer mit der Weiterverarbeitung oder dem Handel dieses zum Marktpreis erstandenen Gutes die grösseren Gewinne macht, hat halt besser, rentabler gearbeitet (oder mehr Glück gehabt).

Allerdings zeichnet die Preise für die Nutzung der Wasserkraft häufig aus, dass auf qualitative Unterschiede der Ressource keine Rücksicht genommen wird: der Preis orientiert sich oft undifferenziert am bundesrechtlichen Höchstsatz – unabhängig davon, wie hoch die Kosten der Nutzung einer konkreten Wasserkraft (einer bestimmten Menge an einem bestimmten Ort mit einem bestimmten Gefälle) bzw. der Stromproduktion sein werden. „Schlechte“ (weil weniger rentable) Qualität erzielt den gleichen Preis (Wasserzins) wie „gute“ (weil rentabler[e]), was auf einem „freien“ Markt in der Regel nicht zu erwarten ist. Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der vermeintlich nahe liegende Schluss, Wasserkraft „schlechter“ Qualität müsste daher günstiger angeboten werden, nicht zwingend ist. Denkbar ist auch, dass die Wasserkraft „guter“ Qualität „eigentlich“, unter aktuell allerdings fehlenden Markbedingungen, zu billig ist – ihr Preis sich aber wegen des bundesrechtlichen Maximums nicht erhöhen lässt.

In einer monopolartigen Situation bzw. bereits dort, wo die Nachfrage das Angebot überwiegt, wir es also mit einem Verkäufermarkt zu tun haben, und wo der Preis der Ware oder Ressource nicht – wie heutzutage bei der Wasserkraft – durch staatliche Limiten beschränkt ist, lassen sich bekanntlich tendenziell höhere Preise für dieses Gut erzielen. Wer, grob gesagt, am meisten bietet, erhält den Zuschlag.

Diese Möglichkeit, an den oder die Meistbietende zu verkaufen bzw. zu verleihen, bietet sich den Gemeinwesen im Rahmen der Verleihung ihrer Wasserkraft heute nur in sehr beschränktem Masse. Einen gewissen Spielraum haben sie dort, wo es um die vertragliche oder quasivertragliche Festlegung von Nebenleistungen – wie Vorzugsenergie u.Ä. – in der Konzession geht. Zwei oder mehrere in gleicher

rung angemessen herabgesetzt werden.“ Im Hinblick auf jene von der heutigen grundlegend verschiedene Ausgangssituation konnte Egger 19 denn auch mit Recht festhalten: „Es wäre eine Unbilligkeit, wenn der Staat das Wagnis des Unternehmers damit belohnte, dass er von der gewonnenen Mehrkraft (sc. durch die Ausgleichs- bzw. Speicherbecken) den gleichen Wasserzins verlangen würde, wie für die normalerweise zufließende Wassermenge. Eine solche Praxis müsste zur Folge haben, dass derartige Anlagen nicht zur Ausführung gelangen. (...) Zweck der zitierten Vorschrift ist es daher, die Errichtung von Sammelbecken zu begünstigen.“ Heute ist diese Argumentation (in den meisten Fällen) nicht länger stichhaltig. In teure Speicherbecken wird heute zwecks „Veredelung“ investiert, weil sich dank der grösseren Investition auch mehr Geld verdienen lässt bzw. hat sich das ehemalige Wagnis einer kostenintensiven Produktion mittels Speicherbecken in einen Vorteil verkehrt.

Art geeignete Bewerberinnen³⁴⁵ für eine Verleihung können bei der Aushandlung solcher Nebenleistungen im Rahmen eines allerdings beschränkten Wettbewerbes konkurrieren, so dass sich für das Gesamtpaket der Verleihung ein etwas höherer Preis erzielen lässt. Am (Höchst-)Preis der Wasserkraft selbst kann bei staatlichen Fixpreisen allerdings nicht gerüttelt werden. An den Meistbietenden könnte nur dort verliehen werden, wo es an einem bundesrechtlichen Maximum fehlt bzw. dieses so hoch angesetzt wäre, dass es über dem Marktpreis läge – und wo zudem die kantonalen Bestimmungen unter Wahrung des Legalitätsprinzips dies ebenfalls zuließen. Zu erinnern bleibt daran, dass der Staat, dass verleihende Kantone bzw. Gemeinwesen nun mal keine Unternehmen sind.

Als anfangs des letzten Jahrhunderts das Wasserzinsmaximum festgeschrieben wurde, da stand bekanntlich die Förderung der Wasserkraftnutzung im Zentrum des Interesses. Der Preis für die Ressourcennutzung sollte nicht zu hoch sein, damit möglichst viele – selbst wenig rentable – Wasserkräfte auch genutzt würden. Der Bundesrat wies sogar darauf hin, die Kantone seien ja nicht gezwungen, den im Wasserrechtsgesetz verankerten Höchstsatz zur Anwendung zu bringen. Sie könnten vielmehr je nach konkreten Umständen ihre Wasserkraft günstiger anbieten oder verleihen – und sie würden dies nötigenfalls auch tun.³⁴⁶

Insofern bot und bietet bereits die heutige Regelung mit einem bundesrechtlichen Maximum den verleihenden Gemeinwesen einen gewissen Spielraum – allerdings in erster Linie einen Spielraum „nach unten“.

Ein Speicherzuschlag brächte einen gewissen Spielraum „nach oben“ – sofern man von einem „Normal-Höchstsatz“ ohne Speichermöglichkeit ausgehe (z.B. 80 Franken pro Bruttokilowatt), der je nach Speichervolumen um vielleicht 50 % erhöht werden könnte (z.B. also auf höchstens 120 Franken pro Bruttokilowatt), wie dies bei der Beratung der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes diskutiert wurde. Und selbst in diesem Szenario wären die Kantone ja nicht verpflichtet, die bundesrechtlich möglichen Höchstsätzen auszuschöpfen – sie könnten jederzeit günstiger verleihen.

Dieser Spielraum „nach oben“ kann als eine teilweise Liberalisierung verstanden werden: die verleihenden Gemeinwesen erhielten durch einen Speicherzuschlag die Möglichkeit, ihre Ressource etwas teurer zu verkaufen, wenn sich mit ihr im Rahmen eines konkreten zu konzessionierenden Speicher-Projektes mehr Geld verdienen liesse als beispielsweise mit einem eher unflexiblen Laufkraftwerk.

³⁴⁵ Zur „Mitbewerbung mehrerer“ um eine Verleihung bestimmt Art. 41 WRG: „Unter mehreren Bewerbern gebührt demjenigen der Vorzug, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in grösserer Masse dient und, wenn sie darin einander gleichstehen, demjenigen, durch dessen Unternehmen für die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers am besten gesorgt ist.“

³⁴⁶ Botschaft WRG 1975, BBI 1975 II 2141: „Artikel 49 des Wasserrechtsgesetzes setzt nur die obere Grenze des Wasserzinses fest. Die Kantone können niedrigere Ansätze festlegen oder besondere kantonale Steuern erheben oder andere Rechnungsgrundlagen anwenden. Vorbehaltens bleibt lediglich, dass die geschuldete Leistung den festgesetzten Maximalzins nicht übersteigt.“

Auch diese Teil-Liberalisierung findet ihre bundesrechtliche Grenze aber an den jeweiligen Höchstsätzen pro Nutzungsart.

9.3 Der Speicherzuschlag – anhand der Diskussion aus den Jahren 1995/1996

9.31 Fehlende Argumente für den Speicherzuschlag als Steuer

Im Rahmen der letzten Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes wurde in den Räten die Einführung eines Speicherzuschlages gefordert – und schliesslich, in Übereinstimmung mit der Auffassung des Bundesrates äusserst knapp abgelehnt.

In seiner Botschaft hatte der Bundesrat ablehnend zur Erweiterung der Wasserzinsberechnung durch einen Zuschlag auf die Speicherkapazität Stellung genommen:

„Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens haben die Gebirgskantone in ihrer Stellungnahme nebst der Erhöhung des bundesrechtlichen Basisansatzes für den Wasserzins vorgeschlagen, es sei zusätzlich zur Abgabe auf der Bruttoleistung ein Zuschlag durch den Miteinbezug der Speicherkapazität zu erheben. Dies sei im Hinblick auf die marktgerechte Entschädigung für den Rohstoff Wasserkraft erforderlich. Bei einem Speicherwerk, das zur Produktion von hochwertiger Spitzenenergie eingesetzt werden könnte, solle ein höherer Wasserzins erhoben werden können als bei einem Laufkraftwerk, das Bandenergie erzeuge. Die Gebirgskantone streben gesamtschweizerisch mindestens eine Verdoppelung des jährlichen Ertrages aus den Wasserzinsen von heute rund 270 auf neu rund 500-600 Millionen Franken an. Eine Erhöhung des Wasserzinsmaximums wäre nach Ansicht der Gebirgskantone nicht nur aus finanz- und regionalpolitischer Sicht zu begrüssen, sondern würde auch die energie- und umweltpolitischen Zielsetzungen des Bundesrates unterstützen.“

Dieser Vorschlag zum Einbezug der Speicherkapazität in die Berechnung des Wasserzinses schien dem Bundesrat jedoch „in verschiedener Hinsicht problematisch“: „Zum einen ist dieser Vorschlag der Gebirgskantone erst im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens eingebbracht und nicht weiter diskutiert worden. Zum anderen ist zur Zeit unklar, in welche Richtung die Liberalisierungsbestrebungen im Elektrizitätssektor in Europa gehen werden und welche Auswirkungen sich für die einheimische Elektrizitätswirtschaft daraus ergeben. Zudem könnte unter abgaberechtlichen Gesichtspunkten eingewendet werden, die zusätzliche Belastung der Speicherkapazität *sei eigentlich als Steuer zu bezeichnen*. Auf jeden Fall würde mit der Aufgabe des Grundsatzes, wonach sich der Wasserzins als Produkt aus dem Wasserzinsansatz und der mittleren Bruttoleistung berechnet, und mit der Einführung von Wertungen das bisherige System der Wasserzinsen als Entgelt für die Rohwasserkraft verlassen und ein neues geschaffen. (...) Der Vorschlag der Gebirgskantone ist wegen der weitreichenden Bedeutung einer

Änderung des bisherigen Systems und seiner unklaren Auswirkungen auf bestehende Konzessionen zum jetzigen Zeitpunkt deshalb nicht empfehlenswert.³⁴⁷

Leider wird in der Botschaft nicht dargelegt, mit welchen Argumenten eventuell „unter abgaberechtlichen Gesichtspunkten eingewendet werden“ könnte, der Speicherzuschlag „sei eigentlich als Steuer zu bezeichnen“ und weshalb man damit ein neues System zur Abgeltung für die Nutzung der Wasserkraft schaffen würde.³⁴⁸ Dem Votum von Nationalrätin Bangerter, die den Speicherzuschlag ausdrücklich als Steuer bezeichnete, lassen sich einige Hinweise entnehmen:

„Der Wasserzins ist der Preis für den Rohstoff Wasser. Dieser ergibt sich aus der Wassermenge und dem Gefälle, wie sie in der Natur vorkommen.

Wenn durch die Speicherung hochwertige Spitzenenergie erzeugt wird, ist das keine Leistung der Kantone, sondern einzig und allein die Folge der vom Konzessionär vorgenommenen zusätzlichen Investitionen. Wird dieser vom Konzessionär geschaffene Mehrwert belastet, ist dies nichts anderes als eine verfassungsmässig und gesetzlich nicht abgestützte Steuer.“³⁴⁹

Das Argument überzeugt nicht wirklich, denn, wie im soeben wiedergegebenen Votum selbst hervorgehoben wird, ist der Wasserzins der Preis für die Nutzung der Ressource Wasser(kraft) und er kann nicht im Sinne eines Entgelts für eine Leistung der Kantone verstanden werden,³⁵⁰ deren Fehlen hier als „Begründung“ für die Qualifikation des Speicherzuschlages als Steuer fälschlicherweise herangezogen wird.³⁵¹ Zudem bekommt, wie bereits dargelegt, bei jeglicher Nutzung der Wasserkraft – sei dies durch ein Flusskraftwerk oder ein Speicherkraftwerk – diese ihren „realen“ Wert erst dadurch, dass die Konzessionäre Anlagen erstellen, mit deren Hilfe es ihnen möglich wird, die Ressource zur Stromerzeugung zu nutzen. Erst die Leistungen der Konzessionäre machen aus fallendem Wasser eine wertvolle Ressource – und trotzdem bezahlen sie mit dem Wasserzins keine Steuer, sondern, wie allgemein anerkannt, eine Kausalabgabe.

347 Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 1000. Hervorhebung hinzugefügt.

348 Immerhin wurde der Einwand auch in den Räten gehört. So führte Nationalrat Fischer – allerdings ebenfalls ohne Begründung – aus, „der geforderte Speicherzuschlag (wäre) eine qualitativ neue Abgabe ohne sachliche Begründung“; Amtl. Bull. NR 1996 1071.

349 Amtl. Bull. NR 1996 1077.

350 Näheres zur Rechtsnatur des Wasserzinses in Ziff. 5.6.

351 Das von Nationalrat Durrer vorgebrachte „Gegenargument“ (Amtl. Bull. NR 1996 1088), eine kantonale Leistung, die abzugelten sei, liege durchaus vor, vermag daher – so nachvollziehbar die Stossrichtung des Votums ist – nicht zu überzeugen, da es am Kern der Sache, dem Wasserzins als Preis, vorbei geht: „Zu den Speicherkraftwerken ist lediglich zu sagen, dass das nicht nur Investitionen der Elektrizitätswirtschaft sind, sondern viele Speicherbecken in diesem Land sind zum Teil auch natürliche Becken und können als «Batterien» genutzt werden. Insofern ist es natürlich schon nachvollziehbar, dass man diese Leistung des Gebirgsraumes abgegolten haben möchte.“

9.32 Überwiegende Einschätzung des Speicherzuschlages als Teil des Wasserzinses

Wenn man die Beratungen des Jahres 1996 durchsieht, überwiegen klarerweise jene Stimmen, die den Speicherzuschlag als Komponente des Wasserzinses verstehen.

Trotz der ablehnenden Haltung des Bundesrates zum Speicherzuschlag war in beiden Räten eine Ergänzung von Art. 49 WRG vorgeschlagen worden:

² Bei Stauanlagen wird zum Wasserzins gemäss Absatz 1 ein Zuschlag erhoben. Dieser richtet sich nach dem Verhältnis der Speicherkapazität zum jährlich nutzbaren Wasservolumen und darf den Betrag gemäss Absatz 1 nicht übersteigen.³⁵²

^{2bis} Die Beträge gemäss den Absätzen 1 und 2 dürfen zusammen den Betrag von 120 Franken nicht übersteigen.³⁵³

Ständerat Frick erläuterte den Speicherzuschlag ausführlich: „Es ist auch so, dass Wasserzins und Speicherzuschlag nicht zwei getrennte Dinge sind, sondern der Speicherzuschlag ist eine Komponente des Wasserzinses. Der Wasserzins zerfällt in zwei Komponenten, nämlich in einen Grundbeitrag aufgrund der Wassermenge, was bisher nur den Wasserzins ausmachte, und neu in die Komponente des Qualitätszuschlages.“ Diese Einordnung des Speicherzuschlages als Komponente, als Teil des Wasserzinses, mithin selbst als Wasserzins (und nicht als Steuer) scheint in den Räten die überwiegende gewesen zu sein.³⁵⁴

352 Zur Abgrenzung des Speicherzuschlages von einer Pumpwerkabgabe hielt der Berichterstatter, Ständerat Plattner, fest (Amtl. Bull. SR 1996 103): „Sie ersehen im übrigen aus dieser Definition des Speicherzuschlags, dass es sich nicht, wie z.B. der Vorort fälschlicherweise in einem Brief an uns alle angeführt hat, um einen Pumpspeicherzuschlag handelt. Im Gegenteil: Pumpspeicherwerke, die nicht natürlich fliessendes Wasser speichern, sondern Wasser von unten in die Höhe pumpen und es dann wieder herunterfliessen lassen, bezahlen nicht einmal Wasserzins, weil die gesamte Fallhöhe null ist. Denn die Stellen, an denen das Pumpspeicherwerk das Wasser nimmt und wieder abgibt, liegen auf der gleichen Höhe. Pumpspeicherwerke sind explizit weder im Wasserzins noch im Speicherzuschlag inbegriffen. Es geht ausdrücklich nicht um Pumpspeicherwerke, sondern nur um die bestehenden oder allfällige neue Speicheranlagen.“

353 Amtl. Bull. SR 1996 87 f.; Amtl. Bull. NR 1996 1069.

354 Diese Betrachtungsweise – der Speicherzuschlag als eine Komponente des Wasserzinses – wurde auch im Nationalrat von Kommissionssprecher Durrer geteilt (Amtl. Bull. NR 1996 1059): „Der zweite Hauptpunkt der Diskussion und auch der Vorlage ist der Zuschlag auf der Speicherkapazität. Das ist der Antrag der Minderheit II zu Artikel 49 Absatz 2. Hier geht es zusätzlich zur Abgabe auf der Bruttoleistung, also zum Basisansatz, um einen Zuschlag durch den Miteinbezug der Speicherkapazität. Gemäss dem beantragten Absatz 2bis dürfen der Basisansatz gemäss Absatz 1 und der Speicherzuschlag gemäss Absatz 2 zusammen den Betrag von 120 Franken nicht übersteigen“; Hervorhebung hinzugefügt.

Auch Nationalrätin Semadeni zog die Parallele zu den Qualitätsstufen, wie sie das Wasserrechtsgesetz früher gekannt hatte – und auch für sie handelt es sich beim Spei-

Als Grund für den Qualitätszuschlag nannte Ständerat Frick: „Speicherwasser, d.h. Wasser, das in Stauseen gespeichert ist, hat nämlich energiepolitisch einen ganz besonderen Wert; es ermöglicht die Produktion von Elektrizität zu Spitzenzeiten. Diesen Strom honoriert der Elektrizitätsmarkt mit einem Preis, der rund dreimal höher ist als die Bandenergie, welche den ganzen Tag regelmässig aus Flusskraftwerken oder Atomkraftwerken fliessst. Es soll also die besondere energiepolitische Qualität des Speicherwassers abgegolten werden; das ist das Element des Marktes, das wir hineinbringen. Der Rohstoff, aus dem ein Produkt von besonderem Wert hergestellt werden kann, soll auch besonders abgegolten werden.“

Der Speicherzuschlag wird also verstanden als „Element des Marktes“. Der höhere Wert des mit Hilfe des gespeicherten Wassers produzierten Stromes soll bereits in die Bestimmung des Preises der Ressource einfließen können. Denn, wie Frick weiter ausführt: „Ich habe Sie darauf hingewiesen, dass der Markt diesen Strom aus Speicherseen, der zu Spitzenzeiten produziert wird, auch dreimal höher honoriert. Die Zahlen der Centralschweizerischen Kraftwerke zeigen im Jahre 1992 – sie sind heute praktisch unverändert –, dass die Spitzenenergie im Sommer einen dreimal höheren Preis und im Winter einen rund dreieinhalbmal höheren Preis erzielt als die Bandenergie.“

Aus diesem Grunde haben die Bergkantone ihre Forderung im Jahre 1994 so formuliert, dass auch der Speicherzuschlag derart auszustalten sei, dass dieses Wasser einen dreimal höheren Wert und einen dreimal höheren Wasserzins habe. In der Diskussion hat man diese Forderung allerdings reduziert. Die Reduktion erfolgte insbesondere deshalb, um der Wirtschaft entgegenzukommen. Aus diesem Grunde hat man die Schrittänge zurückgenommen. Was wir Ihnen heute in Absatz 2 vorschlagen, ist ein Speicherzuschlag, der höchstens 40 Franken ausmachen darf.“

Ganz unabgängig davon, ob der damals vorgeschlagene Höchstsatz inklusive Speicherzuschlag von 120 Franken pro Bruttokilowatt nun der „richtige“, der „adäquate“ Preis für die zur Verfügung gestellte Ressource ist oder nicht – zu beachten bleibt, dass die Protagonisten des Speicherzuschlages nicht einen (wie auch immer zu berechnenden) „Marktwert“ einforderten, sondern dass sie sich der verfassungsrechtlichen Verpflichtung bewusst blieben, dass das Wasserzinsmaximum die Förderung der Nutzung der Wasserkraft nicht behindern darf.³⁵⁵

cherzuschlag um eine Komponente des Wasserzinses (Amtl. Bull. NR 1996 1077 f.): „Der Speicherzuschlag erlaubt eine Differenzierung des bundesrätlichen Wasserzinsmaximums. Differenzierungen hat es auch früher gegeben, zum Beispiel zur Förderung der Speicherkapazitäten. Das hiess damals Qualitätsstufen. Diese galten bis 1985. Nun sind aber die Speicherseen gebaut, und es geht darum, ihren Inhalt besser zu verwerten. Gespeichertes Wasser hat einen höheren Wert, weil es dann zur Energieproduktion genutzt werden kann, wenn die Nachfrage am grössten ist. Das Wasserzinsmaximum erhöht sich durch den Speicherzuschlag um maximal 40 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung.“

³⁵⁵ Vgl. Ziff. 5.3.

Die für Speicherkraftwerke vorgeschlagene Erhöhung schien aus der Sicht der Befürwortenden des Vorschlages für die Betroffenen „tragbar“.

Diese Ausrichtung an den realen Gegebenheiten, am Machbaren, schlug sich auch in der Differenzierung des Speicherzuschlages nieder: „Da muss ich“, fuhr Ständerat Frick fort, „Ihnen kurz erklären, wie dieser Speicherzuschlag wirkt: Er wirkt nicht automatisch in einer Höhe von 40 Franken, wie das verschiedentlich missverstanden worden ist. Wenn ein Fluss eine Wassermenge von 100 bringt, dann basiert darauf ein Wasserzins – sagen wir 80 Franken, wenn es der Höchstzins ist. Wenn 10 Prozent der Ganzjahreswassermenge in einem See gespeichert werden können, dann ergibt das auf dem Wasserzins einen Zuschlag von 10 Prozent, insgesamt also 88 Franken. Wenn das betreffende Speichervolumen 30 Prozent der Ganzjahreswassermenge beträgt, dann liegt der Speicherzuschlag bei 24 Franken, total also 104 Franken. Der Totalpreis für Zins und Speicherzuschlag ist auf 120 Franken limitiert. Läge der Wasserzins unter dem Maximum, dann wäre auch ein etwas höherer maximaler Speicherzuschlag möglich. Der Gesamtzins darf aber 120 Franken nie übersteigen.“

Die Berechnung kann für jedes Speicherwerk auf einfache Art und Weise gemacht werden. Die Zahlen sind vorhanden. Die Konferenz der Gebirgskantone hat die Zahlen genau berechnet. Gesamtschweizerisch würde der Speicherzuschlag eine Erhöhung des Wasserzinses um rund 10 Franken bedingen. Der Zuschlag wäre also relativ klein.

Damit kommen wir zu den effektiven finanziellen Auswirkungen: Der Speicherzuschlag belastet den Strompreis in der Schweiz nur mit 0,1 Rappen pro Kilowattstunde. Gesamtschweizerisch aber macht diese zusätzliche Einnahme für die Wasserkantone doch 60 Millionen Franken aus. Ich sage Ihnen offen: Auch wenn dieser Zuschlag klein ist, der effektive Finanzbetrag nur 60 Millionen Franken beträgt, so ist es doch wichtig, diesen marktwirtschaftlichen Zuschlag und Qualitätszuschlag im System des Wasserzinses heute zu verwirklichen. Dies sind die Gründe, warum der Qualitätszuschlag, der Speicherzuschlag gerechtfertigt ist.“³⁵⁶

Ständerat Frick hatte den Speicherzuschlag bereits in die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie eingebracht.³⁵⁷ Ziel des Zuschlages ist eine gewisse, aber nicht vollständige Liberalisierung der Wasserwirtschaft. Wenigstens ein Teil der Erträge, die erzielt werden dürften, wenn auch bei der Wasserkraft die Marktkräfte „frei“ wirken könnten, solle den Kantonen und Gemeinwesen, die ihre Wasserkraft zur Verfügung stellten, zu gute kommen.

Weiter wurde in der Kommission zum Vorschlag ausgeführt, die Einführung eines Speicherzuschlages führe den Wasserzins nicht in die Nähe der Steuer, denn nach Unterlagen der Verwaltung zur Beratung der Teilrevision ergebe sich klar: Solange der Wasserzins nicht höher liege als die wirtschaftliche Gegenleistung,

³⁵⁶ Amtl. Bull. SR 1996 102.

³⁵⁷ UREK-S vom 15. Februar 1995, 2 ff., 10. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 190, Rz. 223 ff.

handle es sich um eine Gebühr. Steuercharakter erhielte der Zins nur dann, wenn er höher als die erbrachte Gegenleistung wäre. Dieser Grundsatz werde in der juristischen Fachsprache als Äquivalenzprinzip bezeichnet. Nach den 1995 vorliegenden Daten hätte die effektiv erbrachte wirtschaftliche Gegenleistung bei der Nutzung der Wasserkraft gemäss Kartellkommission gegen 2 Mrd. Franken betragen, indes der Ertrag der Wasserzinserhöhung mit dem vorgeschlagenen Modell des Speicherzuschlags einen Ertrag von 460 Mio. Franken ergeben hätte.³⁵⁸

Auf die beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips ist unten noch kurz zurückzukommen. An dieser Stelle genügt es vorerst festzuhalten, dass es sich bei einer Verleihung nicht um einen Austausch gleichwertiger „Gegenleistung“ – hier die Ressource Wasser im Gegenzug zu einem „objektiv“ bestimmbaren Entgelt – handelt. Das „kausale“ an der Qualifikation des Wasserzinses als Kausalabgabe ist und bleibt aber, dass der Wasserzins nicht „voraussetzungslos“ geschuldet ist, wie dies bei Steuern der Fall ist, sondern dass der Geldleistung der Konzessionärin eine (Gegen-)Leistung, nämlich das Zurverfügungstellen der Wasserkraft, gegenüber steht. Äquivalent müssen diese beiden Leistungen aber nicht sein. Und wenn man den Standpunkt der Befürworter eines Speicherzuschlages einnimmt, dann ist die Leistung des Gemeinwesens allemal um ein Vielfaches höher als das Entgelt in Form des Wasserzinses. Eine Verletzung des Äquivalenzprinzips ist insofern gar nicht zu befürchten.³⁵⁹

In der Kommission hatte Ständerat Frick weiter ausgeführt, der Speicherzuschlag hätte auch keinen Einfluss auf die Pumpwirtschaft. Das Hochpumpen von Wasser würde durch das vorgeschlagene System des Speicherzuschlages weder bevorzugt noch benachteiligt. Die Umwälzbetriebe unterstünden zudem der kantonalen Hoheit.

Die Einführung des Speicherzuschlags wurde von ihm auch mit der verfassungsrechtlichen Grundlage der Energiepolitik begründet: Bund und Kantone setzten sich für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch ein (Art. 24 octies aBV, Art. 89 BV, Energiepolitik) – Ziele, die mit dem vorgeschlagenen System verwirklicht würden.

Angesichts der aus seiner Sicht sehr massvollen Mehrbelastung durch den Speicherzuschlag führte er auch ins Feld, dass die Einführung des Speicherzuschlages den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletze. Entscheidend sei, dass es sich um eine finanzielle Mehrbelastung handle, mit der der Konzessionär allenfalls rechnen musste oder rechnen muss und die wirtschaftlich verkraftbar sei.³⁶⁰

358 Ebenda 3.

359 Der Fall, in dem der Bundesgesetzgeber einen Höchstsatz erlassen würde, der, sofern angewendet, für einen Grossteil der Konzessionäre nicht zumutbar wäre, ist angesichts des schweizerischen Gesetzgebungsprozesses mehr als nur unwahrscheinlich.

360 UREK-S vom 15. Februar 1995, 4.

9.33 Gründe gegen einen Speicherzuschlag

Wie erwähnt, hatte sich der Bundesrat bereits in seiner Botschaft aus dem Jahre 1995 gegen einen Speicherzuschlag ausgesprochen, eine Einstellung die er auch 1996 gegenüber dem in die Räte eingebrachten Vorschlag vertrat. Bundesrat Leutenberger führte 1996 im Nationalrat aus³⁶¹:

„Nun zum Speicherzuschlag: Der Wasserzins ist als Monopol- oder Kausalabgabe eine Entschädigung an das Gemeinwesen für die Nutzung der unter seiner Hoheit stehenden und von ihm verliehenen Wasserkraft. Der Wasserzins wird berechnet ohne Rücksicht auf die Art und Weise der Ausnutzung der Wasserkraft.“

Soweit vertritt der Bundesrat die herrschende Meinung, wonach der Wasserzins eine Kausalabgabe sei, da das Gemeinwesen die Abgabe nicht voraussetzunglos erhebe, wie bei einer Steuer, sondern im Sinne einer Entschädigung für die verliehene Wasserkraft. Wenn darauf hingewiesen wird, dass der Wasserzins „ohne Rücksicht auf die Art und Weise der Ausnutzung der Wasserkraft“ berechnet werde, dann muss man sich klar machen, dass es sich dabei um eine Beschreibung des Status quo handelt, keineswegs aber um ein unabänderliches Charakteristikum des Wasserzinses. Denn der Wasserzins konnte und wurde bereits anders, ganz konkret unter Berücksichtigung der „Qualität“ der Wasserkraft bestimmt, wie der Bundesrat in einer früheren Botschaft aus dem Jahre 1967 im Blick zurück auf die Gesetzesrevision von 1952 selbst festgehalten hatte:

„Durch Bundesgesetz vom 20. Juni 1952 wurde der vorerwähnte Artikel 49 (sc. WRG) in dem Sinne revidiert, dass der Wasserzinshöchstansatz nunmehr zehn

³⁶¹ Amtl. Bull. NR 1996 1089. Vgl. auch das Votum von Bundesrat Leuenberger im Ständerat, Amtl. Bull. SR 1996 104, wo er – ohne nähere Begründung – neu von einem „Speicherzins“ spricht, der zu Beginn des Votums noch als Teil des Wasserzinses, nämlich als „Zuschlag zum Wasserzins“, bezeichnet wird, zwei Absätze später aber eher überraschend als „ganz neuer Zins“ gilt: „Der Bundesrat hat einen *Speicherzins* – einen Zuschlag zum Wasserzins bei Stauanlagen – ebenfalls nicht in seine Vorlage aufgenommen, obwohl ein solcher bereits im Vernehmlassungsverfahren von den Gebergskantonen gefordert wurde.“

Es sind zwei Gründe, die ihn dazu bewegen und ihn auch jetzt dazu bewegen, Ihnen eine Verwerfung des Antrages der Minderheit zu empfehlen: Zunächst einmal sind es energiepolitische Einwände. Wir wollen die Spitenenergie fördern, und durch diese Belastung würde sie ja eher gebremst. Sie müssen beachten, dass man gemäss Verfassung auch will, dass ausreichend Energie vorhanden ist. Mit dieser zusätzlichen Belastung wird dieses Ziel gefährdet. Es ist auch nicht ganz einsichtig, dass, wie dies der Antragsteller ausgeführt hat, mit einem solchen Speicherzins ein Element des Marktes eingeführt werde. Es ist zwar richtig, dass ein Marktwert besteuert wird, aber indem man einen Marktwert besteuert (sc. man beachte die nicht ganz korrekte Rede von „besteuert“), wird doch nicht ein Element des Marktes eingeführt; ganz im Gegenteil, dieser Markt wird belastet.

Der zweite Grund besteht in der Berücksichtigung des Gebotes von Treu und Glauben gegenüber den Konzessionären. Eine solche Konzession ist für die Dauer von etwa 40 bis 80 Jahren erteilt worden. Während des dauernden Rechtsverhältnisses soll nun *ein ganz neuer Zins*, ein Speicherzins, eingeführt werden;“ Hervorhebungen hinzugefügt.

Franken für die Bruttonferdekraft betrage, wobei aber der Bundesrat diesen Maximalansatz nach Massgabe der Dauer der nutzbaren Wassermengen zum Teil bis auf 6 Franken herabzusetzen habe. *Im Gegensatz zur Regelung vor 1952 ist somit der Wasserzinshöchstansatz nicht mehr für alle Kraftwerke der gleiche, sondern hängt beim einzelnen Werk von der Qualität der darin nutzbaren Wasserkraft ab.*³⁶²

Wenn Bundesrat Leuenberger in seinem Votum weiter ausführt, der neue Vorschlag beinhalte „einen Zuschlag auf der Speicherkapazität, der neben dem Wasserzins ein zusätzliches Nutzungsentgelt einführen will“ bzw. die „Einführung eines Speicherzuschlages“ bedeute, „dass die Energie aus Wasserkraft mit einer weiteren Abgabe belastet würde“, so ist dies tendenziell missverständlich. Ebenso, wenn er sagt: Die Einführung eines Speicherzuschlages bedeute, „dass vom bisherigen Grundsatz des Gesetzes abgewichen würde, wonach für die Berechnung des Nutzungsentgeltes die Rohwasserkraft massgeblich war“.

Von einem „zusätzlichen Nutzungsentgelt“ bzw. einer „weiteren Abgabe“ dürfte wohl nur dann gesprochen werden, wenn sich der Speicherzuschlag als eine Abgabe anderer Art erwiese, wenn es sich dabei also beispielsweise wirklich um eine Steuer handelte, die zur Kausalabgabe Wasserzins hinzu käme. Allein, bisher spricht nichts dafür, dass wir es mit etwas anderem als einer Komponente des bisherigen Wasserzinses zu tun haben. Nicht ganz genau ist auch die Rede davon, „dass vom bisherigen Grundsatz des Gesetzes abgewichen würde, wonach für die Berechnung des Nutzungsentgeltes die Rohwasserkraft massgeblich war“. Gemäss dem damals vorgeschlagenen und in den Räten diskutierten Modell eines Speicherzuschlages wäre für den Wasserzins inklusive Speicherzuschlag nach wie vor die Rohwasserkraft massgeblich, wie die oben wiedergegebenen Ausführungen von Ständerat Frick belegen. Der Preis für die Nutzung der Rohwasserkraft würde sich bei Einführung eines Speicherzuschlages ändern: (in concreto) „speicherbares“ Wasser wird teurer „verkauft“ als Wasser, das „bloss“ mit einem Laufkraftwerk genutzt werden kann.

Ein weiterer Punkt, der für den Bundesrat eher gegen einen Speicherzuschlag spricht, ist die fragliche Anwendbarkeit bei bestehenden Werken: „Es entstehen Bedenken bezüglich dieses Speicherzuschlages, weil die Anwendung auf bestehende Konzessionen wegen der wohlerworbenen Rechte sehr fraglich sein dürfte.“

Hierzu ist festzuhalten, dass – sollte es sich beim Speicherzuschlag um eine Komponente des Wasserzinses, mithin in concreto um eine „blosse“ Erhöhung des Wasserzinses handeln – die Anwendung dieser Erhöhung „auf bestehende Konzessionen wegen der wohlerworbenen Rechte“ nicht fraglicher wäre als die Anwendung irgendeiner (bisherigen oder künftigen) Erhöhung des Wasserzinses.

Wenig empfehlenswert schien Bundesrat Leuenberger die Einführung eines Speicherzuschlages insbesondere auch im Hinblick auf die drohende Rechtsunsicherheit.

³⁶² Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1026; Hervorhebung hinzugefügt.

heit: „Sie (sc. die Mitglieder des Rates) müssen daran denken, dass eine solche Konzession für eine bestimmte Zeit – das sind meistens mehrere Jahrzehnte – erteilt wird. Nun würde mitten in dieser Konzessionszeit die Berechnungsgrundlage geändert. Es würde eine neue Belastung auf die Kraftwerke zukommen; es stellt sich dann schon die Frage, ob die Betreiber im Moment, als die Konzession erteilt wurde, damit rechnen mussten, dass eine neue Berechnungsgrundlage eingeführt würde. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Rechtsweg beschritten wird und dass es dann letztendlich der Richter sein wird, der entscheidet, ob während der Konzessionsdauer ein derartiger Paradigmawechsel vorgenommen werden kann.“

Auch hinsichtlich dieser Thematik stehen und fallen die Befürchtungen primär je nach Einschätzung der Rechtsnatur des Speicherzuschlages. Würde es sich, entgegen der hier vertretenen Ansicht, um eine Steuer handeln, wären die Probleme eventuell grösser als bei einer Erhöhung des Wasserzinses durch einen Speicherzuschlag im Sinne einer „blossen“ Komponente dieser Kausalabgabe. Allein, die Änderung der Berechnungsgrundlage, ist nicht per se problematisch. In jenen Fällen, wo die Höhe des Wasserzinses durch einen ausdrücklichen Vorbehalt vom wohlerworbenen Recht, das durch die Konzession verschafft wird (Art. 43 Abs. 1 WRG), ausgenommen ist,³⁶³ stellt sich eine Änderung der Berechnungsgrundlage für die Betroffenen als eine (weitere) Erhöhung des Wasserzinses dar. Wurde eine solche Erhöhung bei der Konzessionierung grundsätzlich vorbehalten, so ist nicht ersichtlich, weshalb eine Erhöhung unter Beibehaltung der ursprünglichen Berechnungsart für die Betroffenen weniger gewichtig sein sollte als eine, die gestützt auf eine geänderte Berechnungsart erfolgte. Und dass eventuell der Rechtsweg beschritten wird, das ist nie auszuschliessen, ist aber anscheinend in den letzten Jahrzehnten eher selten vorgekommen.

Weitere Gründe gegen einen Speicherzuschlag fasste im Ständerat der Berichterstatter der Kommission, Ständerat Plattner, zusammen³⁶⁴:

„Was waren die Argumente, die gegen den Speicherzuschlag vorgebracht wurden? Das Argument, dass der Wasserzins proportional zu den erzielbaren Gewinnen sein müsse, war schon früher einmal in diesem Gesetz enthalten, allerdings mit genau umgekehrten Vorzeichen. Damals wollte man diese Differenzierung derart ausgestalten, dass Wasserzinsermässigungen für Speicheranlagen vorgeschrieben würden, weil man diese damals als volkswirtschaftlich wertvollere Form der Energieerzeugung fördern wollte. Heute will also die Minderheit, wenn man es genau nimmt, statt dieser Forderung eigentlich eine finanzielle Erschwerung der Produktion von Spitenenergie, und dies erschien nun der knappen Mehrheit von Unterländern in der Kommission nicht gerade als sinnvoll.“

³⁶³ Vgl. Ziff. 5.76.1.

³⁶⁴ Amtl. Bull. SR 1996 103 f.

Nun ist es grundsätzlich verständlich, dass in einem politischen Gremium Wertungen in einem vielleicht stärkeren Masse in Argumentationen einfließen als andernorts, trotzdem ist es eher ungenau, wenn unterstellt wird, die Einführung eines Speicherzuschlages laufe der Förderung der Nutzung der Wasserkraft entgegen, ja es resultiere daraus gar „eine finanzielle Erschwerung der Produktion von Spitzenergie“. Der Bundesrat selbst hatte im Jahr zuvor, in der Botschaft zur Revision von 1995, ausgeführt: „Bei der Revision von 1985 wurden zudem die Qualitätsstufen aufgehoben. Das Hauptargument für die Einführung der Qualitätsstufen, mit einem reduzierten Wasserzinsmaximum den Bau der aufwendigen Speicherkraftwerke zu fördern, wurde nicht mehr als stichhaltig beurteilt.“³⁶⁵

Aber nicht nur, dass die weitere Förderung von Speicherkraftwerken angesichts des Ausbaugrades in der Schweiz an Gewicht verloren hat: solange mit Speicherenergie mit und ohne Speicherzuschlag gutes Geld verdient werden kann, kann von einer relevanten Erschwerung nicht die Rede sein.

Weiter hielt Plattner fest: „Zum zweiten und viel wichtigeren Punkt: Es zeigte sich, dass aus dem Blickwinkel der Gebirgskantone mit einer Ausnahme, nämlich jener des Wallis, die Einführung eines Speicherzuschlags im Grunde genommen schlicht und einfach einer Erhöhung des Wasserzinses um etwa weitere 30 Franken entspricht, nach Ihrem gestrigen Beschluss auf zirka 110 Franken pro Kilowatt installierter Leistung. Es gibt durch diesen Speicherzuschlag – obwohl er ein differenzierter Zuschlag sein soll – keine wesentliche Differenzierung unter den Gebirgskantonen, wie gesagt mit Ausnahme des Wallis. Das Wallis allerdings würde aufgrund der Dominanz von Speicherenergie in diesem Kanton überproportional profitieren.“

Da es sich hierbei ja um einen Grund gegen die Einführung eines Speicherzuschlages handeln soll, ist es vielleicht wert darauf hinzuweisen, dass es zugleich ein weiterer Beleg dafür ist, dass es sich beim Speicherzuschlag aus der Sicht der Kommissionsmehrheit – wie auch der Minderheit, wie die Ausführungen von Ständerat Frick zeigten – um einen Wasserzins handelt. Der Wasserzins wird erhöht; es ist keineswegs die Rede davon, wir hätten es mit einer neuen Abgabe, etwa einer Steuer zu tun.

Als drittes Argument gegen den Antrag eines Speicherzuschlags nannte Ständerat Plattner, „dass die Gebirgskantone das Wasser ja nicht einfach oben behalten können, sondern es herunterfliessen lassen müssen, ob genutzt oder ungenutzt. Wasser ist keine «hamsterbare» Ressource, wie es das Erdöl in den arabischen Ländern ist, und die Gebirgskantone sind somit auch keine wirkliche «Alpen-Opec».“

Das ist durchaus richtig. Allerdings gibt und gäbe es angesichts der Verdienstmöglichkeiten bei der Nutzung der Wasserkraft sicherlich genügend Interessenten, die sich zumindest für jene Verleihungen interessieren würden, die es er-

³⁶⁵ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 998. Ob dies wirklich das „Hauptargument“ war, ist allerdings fraglich; vgl. Anmerkung 330.

laubten, im Rahmen von Speicherkraftwerken wertvolle Speicherenergie zu produzieren.

Und auch das folgende von Ständerat Plattner präsentierte Argument spricht nicht wirklich gegen einen Speicherzuschlag: „Im Gebirge aber sei, so wurde argumentiert, der Bau von Laufkraftwerken an den Gebirgsbächen angesichts der schliesslich doch relativ geringen Wassermengen schlüssig und einfach wirtschaftlich unvernünftig. Das Wasser könnte überhaupt nur mittels Speicherkraftwerken genutzt werden, d.h., die Speicherung des ohnehin fliessenden Wassers sei die einzige wirtschaftlich sinnvolle Methode zur Nutzung von Wasser mit zwar grosser Fallhöhe, aber von geringer Menge. Es sei nicht einzusehen, weshalb man das zusätzlich belasten solle.“

Nun, aus der Sicht der Konzessionärinnen handelt es sich um eine „zusätzliche“ Belastung – verglichen mit einer ohne Speicherzuschlag. Aber dieser Zuschlag ist ja keine Strafe, die jenen auferlegt wird, die sich dazu entschlossen haben, ein Speicherkraftwerk zu erstellen. Es handelt sich lediglich um eine Änderung in der Berechnung, mit der jene, die *kein* Speicherkraftwerk haben, etwas weniger belastet werden als die Produzenten von Speicherenergie. Denn, was nicht unterschlagen werden darf, grundsätzlich wäre – bei all jenen Werken, deren Wasserzins einer Erhöhung zugänglich ist, da dessen Höhe nicht Teil eines wohlerworbenen Rechts ist – wohl auch eine substanzielle Erhöhung des Wasserzinses bei Laufkraftwerken durchaus denkbar bzw. für jene nach wie vor tragbar. Wenn sie, weil weniger rentabel, jedoch etwas weniger belastet werden sollen als Speicherkraftwerke, dann ist durchaus einzusehen, weshalb diese zusätzlich bzw. mehr belastet werden sollen als jene.

Ständerat Plattner bringt diesen Gesichtspunkt selbst noch vor, ohne dann aber näher auf ihn einzugehen: „Welches der richtige Wasserzins ist, lässt sich ohnehin nicht berechnen. Wenn man eine Differenzierung machen will, wäre zumindest zu diskutieren, ob man die Speicherung noch höher belasten will, nachdem sie ohnehin die einzige in den Bergen vernünftige Methode der Stromerzeugung ist.“

Schliesslich nimmt der Berichterstatter einen Punkt auf, den auch Bundesrat Leuenberger vorgebracht hatte: „Da sind wir beim letzten Punkt. Es ist für mich und die Kommissionsmehrheit ganz unklar, ob dieser Speicherzuschlag bei den bestehenden Werken nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vor Ablauf der Konzession überhaupt ohne weiteres erhoben werden könnte, denn die meisten Konzessionen sind nur an ein Wasserzinsmaximum gebunden. Es wäre fraglich, ob davon ausgegangen werden kann, dass diese neuartige Form von Wasserzins, dieser Zuschlag, seinerzeit auch mitgemeint gewesen sei.“

Handelt es sich beim Speicherzuschlag um eine Komponente des Wasserzinses, dann sind Erhöhungen ohne Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben durchaus möglich – sofern einer solchen nicht wohlerworbene Recht entgegenstehen.

Die Räte folgten dem Ablehnungsantrag des Bundesrates bzw. der Mehrheit der Kommission nur äusserst knapp: im Ständerat mit 21 zu 18 und im Nationalrat gar bei Stimmengleichheit von 92 zu 92 nur mit dem Stichentscheid des Präsidenten.³⁶⁶

9.4 Zu beachten

Abschliessend sollen kurz einige rechtlich interessante bzw. relevante Punkte hinsichtlich der Einführung eines Speicherzuschlages zusammengestellt werden.

9.41 Rechtsnatur des Speicherzuschlages

Wie dargestellt,³⁶⁷ ist der Wasserzins „eine öffentliche Abgabe für das mit der Konzession eingeräumte Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer, nämlich für das Recht, ein Wasserkraftpotential zur Erzeugung von elektrischer Energie zu verwerten. Im System der Abgabetypen ist der Wasserzins den Kausalabgaben zuzuordnen. Diese sind im Gegensatz zu den Steuern an eine bestimmte, dem Abgabepflichtigen zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens gebunden. Da bei seiner Erhebung aber ebenfalls fiskalische Interessen im Spiel sind, ist der Wasserzins zu den Regal- bzw. Monopolgebühren zu zählen. (...)

Die Berechnung des Wasserzinses geht aus dem WRG (Art. 51) und den ausführenden Regelungen in der Wasserzinsverordnung vom 12. Februar 1918 (WZV; SR 721.831) hervor. Die nach diesen Erlassen ermittelte mechanische Bruttoleistung in Kilowatt multipliziert mit dem jeweiligen kantonalen Wasserzinsansatz ergibt den jährlich zu entrichtenden Wasserzins“.³⁶⁸

Auch für den ehemaligen Ständerat Jagmetti ist der Wasserzins „das Entgelt für die überlassene Wasserkraft in der Gestalt einer Kausalabgabe“.³⁶⁹ Er hebt, wie verschiedentlich bereits erwähnt, hervor, dass der Wasserzins „den Preis für die Ressource und nicht die Abgeltung eines bestimmten Aufwandes des Gemeinwesens bildet“. Daher „unterliegt er nicht dem Kostendeckungsprinzip³⁷⁰ und bedarf einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht. Die Beachtung des Äqua-

³⁶⁶ Wyer, Abgaben, 181 f., Rz. 212 f. Vgl. Amtl. Bull. NR 1996 1091; Amtl. Bull. SR 1996 104.

³⁶⁷ Vgl. Ziff. 5.6.

³⁶⁸ Sigg/Röthlisberger 11.

³⁶⁹ „Da es sich beim Wasserzins nach der Rechtsprechung um eine besondere periodische Leistung mit Gebührencharakter für die staatliche Einräumung eines Wasserrechtes handelt (Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 1995 in Pra 1996 Nr. 43 S. 118; BGE 48 I 580 E. 5 S. 610 f.)“; BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3. Zum Wasserzins als öffentliche Abgabe (gemäss Jagmetti) schon BGE 41 I 313.

³⁷⁰ Näheres bei Jagmetti, Energierecht, 255, Rz. 2521; m.w.H.

lenzprinzips wird nicht im Einzelfall geprüft, da die Abgabe *bundesrechtlich begrenzt* ist".³⁷¹

Gleich sah bzw. sieht es auch der Bundesrat selbst: „Ferner ist zu bedenken, dass der Wasserzins nicht eine eigentliche Steuer darstellt, sondern ein Entgelt für Überlassung der den Gemeinwesen gehörenden Wasserkraft“.³⁷² Er ist „eine öffentliche Abgabe für die mit der Konzession eingeräumte Sondernutzung an einem öffentlichen Gewässer. Er ist das Entgelt an das verleihungsberechtigte Gemeinwesen für die Gewährung besonderer Vorteile durch die Zurverfügungstellung eines öffentlichen Gutes. Somit unterliegt der Wasserzins dem Legalitätsprinzip.“³⁷³

Soviel scheint unbestritten. Doch gehört der Speicherzuschlag, wie es in den Räten wohl die überwiegende Meinung war, als *eine seiner Komponenten* nun „wirklich“ zum Wasserzins oder handelt es sich nicht vielleicht doch um eine Steuer? Wie im Verlauf dieser Ausführungen mehrmals angesprochen, werden die Behauptungen oder Vermutungen, beim Speicherzuschlag handle es sich um eine Steuer, nicht näher begründet. Daher ist es angezeigt, sich die allgemein anerkannten Kriterien zur Unterscheidung der beiden Abgaben vor Augen zu führen:

Während die Steuern auszeichnet, dass sie „voraussetzungslos“, d.h. ohne eine ihnen individuell zurechenbare staatliche Leistung geschuldet sind, werden die Kausalabgaben als Entgelt (gleichsam als „Gegenleistung“) für eine Leistung des Gemeinwesens oder für die Einräumung eines Sondervorteils verstanden.³⁷⁴

³⁷¹ Jagmetti, Energierecht, 506, Rz. 4533; m.w.H. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 135, Rz. 168.

³⁷² Botschaft WRG 1967, BBI 1967 I 1029.

³⁷³ Botschaft WRG 1995, BBI 1995 IV 997.

³⁷⁴ Beispielsweise BGE 121 II 138, E. 3a: „Die Kausalabgaben unterscheiden sich von den Steuern dadurch, dass sie nicht "voraussetzungslos" geschuldet sind, sondern das Entgelt für bestimmte staatliche Gegenleistungen (Gebühren) oder besondere Vorteile (Vorzugslasten, Beiträge) darstellen und grundsätzlich dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip unterstehen (...). Während die Kausalabgaben auf einer spezifischen Beziehung zum Gemeinwesen beruhen (besonderer Vorteil, besondere Leistung) und darin ihren Verpflichtungsgrund und ihre Begrenzung finden, sind die Steuern voraussetzungslos geschuldet als Beitrag einer der Gebietshoheit unterworfenen Person an die Aufwendungen des Gemeinwesens (BGE 99 Ib 225 E. 4a S. 230).“ Ebenso BGE 92 I 450, E. II.A.2b: Mit der in einem kantonalen Gesetz „enthaltenen Abgrenzung zwischen Beiträgen und Gebühren knüpfte der kantonale Gesetzgeber an eine Unterscheidung an, die in Verwaltungsrechtslehre und Rechtsprechung seit langem getroffen wird: Beiträge und Gebühren bilden zusammen mit den Steuern die sog. öffentlichen Abgaben. Während aber die Steuer voraussetzungslos, lediglich im Anschluss an einen bestimmten, in der Person des Pflichtigen erfüllten wirtschaftlichen Tatbestand erhoben wird, stellt der Beitrag (als eine sog. Vorzugslast) eine Abgabe dar, die der Pflichtige für den ihm aus einer öffentlichen Einrichtung erwachsenden wirtschaftlichen Vorteil zu entrichten hat. Der Beitrag wird einerseits nach den zu deckenden Kosten der

Auch Kilchenmann führt in seinem Gutachten zum Wasserzinsmaximum aus: „Steuern sind jene öffentlichen Abgaben, die *gegenleistungslos* geschuldet sind, das heisst keine dem Abgabepflichtigen zurechenbare *Gegenleistung* des Gemeinwesens *zur Voraussetzung haben*. Sie werden einzig aufgrund der rechtlich relevanten Zugehörigkeit des Abgabepflichtigen zum Gemeinwesen erhoben, unbekümmert darum, ob dieser die Leistungen des Gemeinwesens, die daraus finanziert werden, in Anspruch nimmt oder nicht ...

Kausalabgaben knüpfen an eine *dem Individuum zurechenbare Leistung des Gemeinwesens* (*causa*) an. Sie sind Entgelt des Individiums an den Staat für besondere Dienste oder Vorteile, welche ihm gewährt werden. Diese Dienste oder Vorteile sind *Voraussetzung* der Abgabe, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie dem Individuum erwünscht sind oder nicht.

Daraus folgt, dass der Wasserzins eine *Kausalabgabe* ist.³⁷⁵

Zentrales Kriterium zur Unterscheidung zwischen Kausalabgaben und Steuern scheint somit das Begriffspaar „*Gegenleistung – Voraussetzungslosigkeit*“ zu sein. Kann aber bei einem Speicherzuschlag wirklich davon gesprochen werden, die Abgabe, die für gespeichertes Wasser (zusätzlich) zu entrichten wäre, sei *voraussetzungslos* geschuldet, es fehle somit an jeglichem Konnex zu einer „*Leistung*“ des Gemeinwesens bzw. dieses stelle nichts zur Verfügung, im Hinblick worauf der Speicherzuschlag als Entgelt, als Preis verstanden werden könnte? Es fällt schwer, diese Frage zu bejahen. Nahe liegender und einleuchtender scheint die Auffassung, der Speicherzuschlag bzw. der Wasserzins inklusive Speicherzuschlag sei insgesamt das Entgelt für das vom Gemeinwesen zur Nutzung zur Verfügung gestellte Wasser. Würde es an der Überlassung dieser Ressource fehlen – etwa dort, wo ein Kanton eine Abgabe auf dem „*Speicherwasser*“ erheben wollte, das der Konzessionärin nicht von ihm, sondern von einem dazu berechtigten kantonalen Gemeinwesen (Art. 2 WRG) zur Nutzung verliehen worden ist –, dann wäre in einem solchen Fall von einer *voraussetzungslosen* Abgabe, d.h. von einer Steuer zu sprechen.³⁷⁶

Aber beim Speicherzuschlag sieht die Sache ganz anders aus. Das verleihende Gemeinwesen und die an einer Verleihung Interessierten setzen sich an einen Tisch und verhandeln. Schlagen die Interessierten zur Nutzung der in Frage stehenden Wasserkraft vor, ein Laufkraftwerk errichten zu wollen, verlangt das Gemeinwesen einen Wasserzins von X Franken. Haben die Interessenten hingegen vor, die zur Verleihung nachgefragte Wassermenge primär mit Hilfe eines Speicherkraftwerkes zu nutzen, dann verlangt das Gemeinwesen *einen höheren Preis* von X plus Y %. Und dieser Preis, diese Abgabe, ist keineswegs vorausset-

Einrichtung, anderseits nach dem Sondervorteil bemessen, der dem Einzelnen aus der öffentlichen Einrichtung zukommt. Die Gebühr schliesslich ist ein Entgelt für eine bestimmte, vom Pflichtigen veranlasste Amtshandlung oder für die Benutzung einer öffentlichen Anstalt“. Vgl. auch BGE 128 I 155, E. 2.2.

³⁷⁵ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 19; m.w.H.

³⁷⁶ Jagmett, Energierecht, 508 f., Rz. 4537.

zungslos – sie ist das Entgelt für die Überlassung der Ressource. Von einer Steuer kann daher nicht gesprochen werden.

Der Speicherzuschlag ist als Teil des Wasserzinses eine Kausalabgabe – und keine Steuer. So sah es auch Ständerat Frick: „Dass es sich beim Speicherzuschlag um einen blossen Wasserzins, nie aber um eine Steuer handelt, ist seit den Kommissionsberatungen unbestritten. Solange der Wasserzins unterhalb des Marktwertes liegt, kann von einer Steuer nicht die Rede sein, wie auch der Experte der Kommission, unser ehemaliger Ratskollege Riccardo Jagmetti klar anerkannt hat.“³⁷⁷

9.42 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Wie oben³⁷⁸ bei der Behandlung des Wasserzinses bereits festgehalten, bedürfen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz, wobei zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen vom Gesetz selber bestimmt werden müssen.

Das Bundesgericht hat zudem entschieden, dass beispielsweise ein kantonales Dekret über die Gebühren für die Nutzung der Wasserkraft, in dem vorgeschrieben wird, dass der Wasserzinssatz vom Regierungsrat jeweils durch Verordnung dem bundesrechtlich zulässigen Höchstansatz anzupassen sei, diesen Vorgaben genügt. Denn ein solcher Verweis auf das bundesrechtlich vorgesehene Wasserzinsmaximum sei zulässig.³⁷⁹

Da es sich beim Speicherzuschlag um einen Teil des Wasserzinses handelt, muss er – bzw. ein Wasserzins inklusive Speicherzuschlag – die soeben erwähnten Kriterien ebenso erfüllen wie der bislang speicherzuschlaglose Wasserzins.

9.43 Beschränkte Tragweite des Äquivalenzprinzips

Wie beim Wasserzins, so kommt auch beim Speicherzuschlag – als einer Komponente des Wasserzinses – dem Äquivalenzprinzip eine beschränkte Tragweite zu. Dieses Prinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV) für den Bereich der Kausalabgaben dadurch, dass es verlangt, eine Kausalabgabe bzw. Gebühr dürfe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung des Gemeinwesens stehen und sie müsse sich in vernünftigen Grenzen halten.³⁸⁰

³⁷⁷ Amtl. Bull. SR 1996 72, Votum Ständerat Frick.

³⁷⁸ Vgl. Ziff. 6.32, 8.33.

³⁷⁹ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.3.

³⁸⁰ Vgl. BGE 128 I 46, E. 4a; 101 Ib 462, E. 3b.

Für Wasserzins und/oder Speicherzuschlag heisst dies grundsätzlich, dass die verleihenden Gemeinwesen für ihre Ressource Wasserkraft nicht irgendwelche Fantasiepreise verlangen dürfen, die mit dem „reellen“ Gegenwert, dem was die Konzessionärinnen auf dem „freien“ Markt für den produzierten Strom erwirtschaften können, in keinem „gesunden“ Verhältnis mehr stehen. Allerdings ist die Situation zwischen Verleiherin und Konzessionär in zweierlei Hinsicht viel undramatischer: Zum einen steht es den an einer Verleihung Interessierten frei, ob sie sich auf das Geschäft einlassen, ob sie einer Konzession – die ja immer vertragsähnliche Teile enthält – zustimmen wollen. Ist ihnen der verlangte Preis zu hoch, müssen sie nicht abschliessen. Zum anderen haben die verleihenden Gemeinwesen gar nicht die Möglichkeit, für die Nutzung ihrer Wasserkraft Preise zu verlangen, die in einem „offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert“ der Nutzungsberechtigung stehen. Dieser Gefahr, die der Förderung der Nutzung dieser einheimischen Ressource zuwider laufen würde, hat bekanntlich bereits der Verfassungsgeber einen Riegel vor geschoben, in dem er vom Bund verlangt, Schranken zu setzen. Heute finden sich diese im Wasserzinsmaximum des Wasserrechtsgesetzes. Gerade deswegen kommt dem Äquivalenzprinzip bei der Bestimmung des Wasserzinses nur eine beschränkte Tragweite zu: „Allerdings hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass das Äquivalenzprinzip bei Regalgebühren, die auch fiskalischen Zielen dienen dürfen, nur beschränkt Anwendung finden kann (BGE 119 Ia 123 E. 3c S. 130 f.). Es kommt hinzu, dass es sich beim bundesrechtlichen Höchstansatz um die Belastungsgrenze handelt, welche nach Auffassung des Bundesgesetzgebers den Kraftwerken zugemutet werden darf (nicht publizierte E. 5 von BGE 126 II 171 = Urteil 2A.517/1998 i.S. Kraftwerke Oberhasli vom 13. April 2000). Da das Bundesgericht aber an die Bundesgesetzgebung gebunden ist (Art. 191 BV), bleibt für eine weitere Überprüfung des Wasserzinses unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit bzw. des Äquivalenzprinzips kein Raum.“³⁸¹

Ein Speicherzuschlag wäre, wie der bisherige Wasserzins, beschränkt. Eine Regelung im Wasserrechtsgesetz, wie sie bei der Beratung der letzten Teilrevision fast eine Mehrheit gefunden hätte, wäre ebenfalls dem Verfassungsauftrag verpflichtet, den öffentlichen Abgaben auf Verleihungen Schranken zu setzen. Daher wäre ein Speicherzuschlag für die davon Betroffenen im Grunde genommen nichts anderes als eine „normale“ Erhöhung des Wasserzinses. Wie bisher dürften die Kantone über das bundesrechtlich gesetzte Maximum des Wasserzinses inklusive Speicherzuschlag nicht hinausgehen.

Und wie ein Wasserzins ohne Speicherzuschlag bis anhin vom Gesetzgeber festgelegt wurde, so wäre es nach dem bisher diskutierten Modell ebenfalls der Gesetzgeber der die Schranken eines Wasserzinses inklusive Speicherzuschlag bestimmte. Diese Bestimmung durch den Gesetzgeber „garantiert“ nach Ansicht des Bundesgerichtes, dass unter Berücksichtigung aller relevanten (politischen, rechtlichen, volkswirtschaftlichen etc.) Interessen ein Wasserzins festgesetzt wird, der den Konzessionärinnen zugemutet werden kann, der also tragbar ist.

³⁸¹ BGE 2A.58/2004 und 2A.78-80/2004 vom 21. Mai 2004, E. 3.4.

9.44 Zur Höhe des Speicherzuschlages

Was die Höhe des Speicherzuschlages bzw. das Maximum des Wasserzinses inklusive Speicherzuschlag anbelangt, so sei auf die Ausführungen zur Höhe des Wasserzinses verwiesen.³⁸²

An dieser Stelle sei lediglich kurz daran erinnert, dass es sich beim Wasserzins – und folglich auch beim Speicherzuschlag – um einen „politischen“ Preis handelt. Sowenig wie sich das Ausmass einer Erhöhung des Wasserzinses aus irgendwelchen Grössen „ableiten“ lässt, sowenig ist das für den Speicherzuschlag möglich.

Und was Bundesrat Leuenberger bei der Beratung der Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes 1996 in Bezug auf den Wasserzins sagte, gilt auch für den Speicherzuschlag: Es gibt keine wissenschaftliche Begründung für einen konkreten Zuschlag bzw. ein konkretes Maximum. Es geht vielmehr um einen Kompromiss, den der Gesetzgeber als angemessen betrachtet um einen Kompromiss, der sowohl für die Gebirgskantone als auch für die Wirtschaft zumutbar ist.³⁸³

9.44.1 Die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ eines Speicherzuschlages

Eine „Grösse“, die nicht nur beim Wasserzins, sondern auch bei der Bestimmung eines Speicherzuschlages zu beachten ist, das ist die Zumutbarkeit, die wirtschaftliche Tragbarkeit des Zuschlages bzw. des gesamten Wasserzinses inklusive Speicherzuschlag.

Welcher Wasserzins bzw. welcher Zuschlag den Konzessionären noch zugemutet werden kann, ohne dass ein „offensichtliches Missverhältnis“ zwischen dem Wert der Ressource und der Abgabe entsteht, das kann und muss an dieser Stelle nicht bestimmt werden.

Erinnert sei an das oben Gesagte: Die Bestimmung durch den Gesetzgeber bietet einige Gewähr dafür, dass angesichts der unterschiedlichsten dort vertretenen Interessen die Tragbarkeit der Abgabe gewahrt bleibt. Zudem ist daran zu erinnern, dass im Rahmen der Beratung der letzten Teilrevision von den Befürwortern eines Speicherzuschlages Gewinne der Stromproduzenten vorgebracht wurden, welche das damals verhandelte Maximum von 120 Franken pro Bruttokilowatt nicht willkürlich erscheinen lassen: „Mit dem Speicherzuschlag wird die besondere Qualität des speicherbaren Wassers ein wenig berücksichtigt. Auch die Elektrizitätswerke handeln den Spitzstrom aus Speicherseen im Verbund dreimal bis viermal teurer als die Bandenergie. Es geht also um nichts anderes, als auch dem Rohstoff für diese kostbare Energie einen angenähert fairen Preis zuzuge-

382 Vgl. Ziff. 5.4.

383 Amtl. Bull. NR 1996 1089.

stehen. Die Erhöhung auf maximal 120 Franken ist massvoll, wenn Sie beachten, dass auch die Elektrizitätswerke drei- bis viermal mehr für diesen Strom verlangen. (...)Der Wasserzins mit Speicherzuschlag ist volkswirtschaftlich verkraftbar.³⁸⁴

9.45 Berechnung des Wasserzinses

Wenn es gemäss der Bundesverfassung dem Bunde zukommt, den Höchstsatz des von den Kantonen bzw. ihren Gebietskörperschaften zu erhebenden Wasserzinses festzulegen, dann muss auch der Bund bestimmen können, wie dieser berechnet wird. Relevant sind mithin Art. 51 WRG, der die massgebende Bruttokraft als Produkt von nutzbarem Gefälle und nutzbaren Wassermengen versteht, die genaueren Details jedoch dem Bundesrat überantwortet. In seiner Wasserzinsverordnung heisst es in Art. 23 Abs. 1: „Vom 1. Januar 1918 an hat die Berechnung des Wasserzinses für die seit dem 25. Oktober 1908 begründeten Wasserrechte nach den Bestimmungen dieser Verordnung zu erfolgen.“

Diese durch die Verfassung erteilte Zuständigkeit des Bundes, den Wasserzins zu bestimmen (Die Kantone „können für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben“; Art. 76 Abs. 4 BV), ist in einem doppelten Sinne zu verstehen: zum einen bestimmt der Bund die „Schranken“ der Abgabe „Wasserzins“, dessen Maximum, zum anderen bestimmt er durch die Festlegung der Berechnungsart zugleich, „welche Art und Weise der Nutzung“ wasserzinspflichtig ist und wie hoch dieser Wasserzins in concreto ist. Das gilt auch im Hinblick auf einen eventuellen Speicherzuschlag:

Die Verfassung verlangt lediglich, dass die Bundesgesetzgebung den Abgaben für die Wassernutzung „Schranken“ setzt. Wie diese Schranken genau aussehen, das bestimmt die Verfassung nicht näher, ebenso wenig, wie sie festlegt bzw. wie ein Wasserzins konkret zu berechnen ist. Wichtigste Richtschnur bildet die Zumutbarkeit der Abgabe. Wenn daher der Bundesgesetzgeber beschliessen sollte, einen Speicherzuschlag zu erheben bzw. ein Maximum für einen Wasserzins inklusive Speicherzuschlag festzulegen, dann schreibt ihm Art. 76 Abs. 4 BV nicht vor, wie er dabei zu verfahren hat oder wie sich das Maximum berechnet.

9.5 Exkurs: Pumpspeicherung

Wie bereits kurz angesprochen, darf die Pumpspeicherung bzw. ein Pumpspeicherzuschlag nicht mit dem Speicherzuschlag verwechselt werden. Denn, während die Wasserkraftnutzung auf Gesetzesstufe bundesrechtlich geordnet wurde, hat der Bund auf eine Erfassung der Pumpspeicherung auf Gesetzesstufe verzichtet, nachdem sich bei der vorletzten wie bei der letzten Gesetzesrevision das

³⁸⁴ Amtl. Bull. SR 1996 72, Votum Ständerat Frick.

Interesse auf die Erhöhung des Wasserzinses konzentriert hatte, so dass nur ein begrenzter Kreis anderer Fragen in die Vorlagen einbezogen worden ist.³⁸⁵

Die Pumpspeicherung unterscheidet sich auch sachlich von einer Nutzung der Wasserkraft mittels eines Speicherkraftwerkes: „Bei der *Pumpspeicherung* wird nicht das natürliche Gefälle genutzt, wohl aber in den Wasserkreislauf eingegriffen. Sie besteht darin, dass Wasser mit Überschussenergie (namentlich Bandenergie aus Fluss- und thermischen Kraftwerken zu Schwachlastzeiten) in Speicheranlagen hochgepumpt wird, um zusätzliche elektrische Energie in Zeiten starker Nachfrage zu produzieren. (...) Zu unterscheiden ist der Vorgang vom Einbezug von Wasser aus einem erweiterten Gebiet mittels reiner Zubringerpumpen, worüber mit der Konzession für das Wasserkraftwerk entschieden wird.“³⁸⁶

Wyer weist bei seiner Diskussion der Pumpwerkabgabe darauf hin, dass die Verfassungsbestimmung (Art. 76 BV bzw. die Vorläuferbestimmung von Art. 24^{bis}, konkret Abs. 1 Bst. a aBV) nach ihrem Wortlaut auch die Pumpwerkspeicherung einbezieht, denn – unter Hinweis auf Jagmetti³⁸⁷ – nicht das Gefälle, sondern das Gewässer als Teil des gesamten Wasserhaushaltes sei die öffentliche Sache, die genutzt werde.³⁸⁸

„Nach einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 1949 handelt es sich bei der Pumpspeicherung um eine spezielle Sondernutzung des Gewässers. Sie untersteht nicht dem heute geltenden Regime der Wasserkraftnutzung, sondern kann von den Kantonen unabhängig davon geregelt werden. Dementsprechend sind die Wasserbenutzungsabgaben für die Pumpspeicherung nicht dem gelgenden bundesrechtlichen Wasserzinsmaximum unterstellt.“³⁸⁹

Der Charakter der Pumpwerkabgabe ist gemäss Jagmetti „nicht leicht zu bestimmen“: „Da die eigentliche Pumpspeicherung einen Eingriff in den Wasserkreislauf darstellt, kann man in der Pflicht zu einer Geldleistung eine Abgeltung für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Sache sehen und die Vergütung als Konzessionsabgabe qualifizieren. Das setzt allerdings voraus, dass sie vom Träger der Gewässerhoheit erhoben wird. Ist sie dem Kanton geschuldet, während die Gewässerhoheit und damit die Konzessionerteilung den Gemeinden oder Bezirken (als Gemeinwesen) zusteht, ist von einer Steuer auszugehen, bei Zuweisung des Betrags an einen bestimmten Zweck von einer Sondersteuer. Unabhängig von dieser Qualifikation gelten für die Erhebung der Abgabe die strengen Anforderungen an die Legalität, da die zu entrichtende Vergütung nicht an das

³⁸⁵ Jagmetti, Energierecht, 414, Rz. 4123; in Anm. 112 wird dort dazu ausgeführt: „Der BR (sc. Bundesrat) folgte dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens und beschränkte seine Vorlage für die Revision von 1996 auf das «unbedingt Notwendige» (BBI 1995 IV 995). Das Parlament übernahm diesen Standpunkt.“

³⁸⁶ Jagmetti, Energierecht, 427, Rz. 4202; m.w.H.

³⁸⁷ Jagmetti, Kommentar aBV, Art. 24^{bis}, Rz. 35 f.

³⁸⁸ Wyer, Abgaben, 71, Rz. 94.

³⁸⁹ Wyer, Abgaben, 78, Rz. 102, mit Verweis auf BGE 75 I 9 ff., 14 f., vgl. zudem ebenda 82, Rz. 110. Vgl. auch Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 81.

Kostendeckungsprinzip gebunden ist. Der Gesetzgeber muss somit den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen festlegen, bei einer Konzessionsabgabe mindestens mit dem Höchstsatz.“³⁹⁰

Nach Ansicht von Kilchenmann müsste geprüft werden, ob nicht eine Koordinationsbestimmung im WRG erforderlich sei, sofern ein differenziertes System des Wasserzinsmaximums eingeführt würde. Diese hätte zu verhindern, dass in Speicherwerken produzierte Energie doppelt belastet würde: zum einen durch die Pumpwerkabgabe und zum zweiten durch den Teil des Wasserkraftzinses, der allenfalls auf der produzierten Energie erhoben würde.³⁹¹

10. TEILZWECKBINDUNG DES WASSERZINSES

10.1 Einleitung

Eine Teilzweckbindung des Wasserzinses, etwa zur Aufnung von Renaturierungsfonds o.Ä., kommt wohl einem bundesrechtlichen Eingriff in die kantonale Gewässerhoheit gleich. Somit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Eingriffs bzw. nach der Verfassungsmässigkeit einer Teilzweckbindung: Bedürfte es einer Verfassungsänderung oder ist – unter Beibehaltung der heutigen Verfassungsgrundlage – eine „verfassungskonforme“ Ausgestaltung möglich, also eine Ausgestaltung der Teilzweckbindung durch entsprechende Ausgestaltung anderer Bundesnormen?

Die Zweckbindung von Teilen der Wasserzinsen betrifft die Konzessionäre bzw. die Inhaber eines wohlerworbenen Rechts nicht: Sie bezahlen, unabhängig von der späteren Verwendung der Erträge, „ihren“ Wasserzins gemäss Konzession.

10.2 Auftrag: Summarische Würdigung des Gutachtens BJ/BAFU

Was die Teilzweckbindung des Wasserzinses anbelangt, so wurde mit dem Bundesamt für Energie vereinbart, dass ich zu dieser Thematik lediglich kurz Stellung nehme – und zwar im Sinne einer summarischen Würdigung des Gutachtens „Verfassungsmässigkeit der Finanzierungsvarianten im Rahmen eines Ge- genentwurfs zur Initiative Lebendiges Wasser“, vom 6. Februar 2008, das von der Abteilung Recht des Bundesamtes für Umwelt und dem Bundesamt für Justiz zuhanden der UREK-S erarbeitet wurde.

³⁹⁰ Jagmetti, Energierecht, 508 f., Rz. 4537. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 78, Rz. 102.

³⁹¹ Kilchenmann, Wasserzinsmaximum, 82. Vgl. auch Wyer, Abgaben, 82, Rz. 110.

Die Parlamentarische Initiative „Schutz und Nutzung der Gewässer“, in deren Rahmen die UREK-S gewisse Finanzierungsvarianten in Erwägung zog, sowie das erwähnte Gutachten seien deshalb an dieser Stelle wiedergegeben:

10.21 Parlamentarische Initiative „Schutz und Nutzung der Gewässer“

07.492 (Ständerat) – Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie SR: Parlamentarische Initiative „Schutz und Nutzung der Gewässer“ (vom 23.11.2007).³⁹²

Eingereichter Text

„Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und auf Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reicht die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständersates folgende parlamentarische Initiative ein:

Es werden die erforderlichen Gesetzesbestimmungen erarbeitet, damit:

1. die Revitalisierung (naturnahe Gestaltung) der öffentlichen Gewässer und ihrer Ufer gefördert wird;
2. eine Verminderung der negativen Auswirkungen von Schwall/Sunk in den Gewässern unterhalb von Speicherkraftwerken erreicht wird;
3. neue Ausnahmen von den Mindestrestwassermengen (Art. 32 GSchG) bei Gewässerabschnitten mit geringem ökologischen Potenzial unter Berücksichtigung des natürlichen Wasserkreislaufs geschaffen und schützenswerte Kleinwasserkraftwerke bei Restwassersanierungen besonders berücksichtigt werden;
4. die Wasserqualität durch die Restwassermenge gewährleistet ist (Gesundheitspolizei, Grundwasser, Abwassereinleitung, spezielle Lebensgemeinschaften wie z. B. in Auen);
5. der Geschiebehaushalt möglichst reaktiviert wird;
6. die Massnahmen gemäss Ziffer 1 bis 5 finanziert werden können.

Dabei darf die Energieproduktion aus Wasserkraft mit Blick auf die Ziele gemäss Energiegesetz nicht beeinträchtigt und müssen wohlerworbene Rechte respektiert werden.

Begründung

Im Bereich des Gewässerschutzes besteht Handlungsbedarf. Die Volksinitiative «Lebendiges Wasser (Renaturierungs-Initiative)» ist aber für die Mehrheit der Kommission nicht der richtige Weg, um den Zustand der Gewässer zu verbessern. Dies insbesondere, weil sie die Interessen der Wassernutzung zu wenig gewichtet und ein Antragsrecht für Umweltschutzorganisationen einführen will, das weder sachlich noch politisch gerechtfertigt ist. Es ist deshalb angezeigt, der Volksinitiative einen indirekten Gegenentwurf gegenüberzustellen. Damit sollen unter Berücksichtigung von berechtigten Schutz- und Nut-

³⁹² www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20070492.

zungsinteressen ausgewogene Lösungen für die Probleme im Bereich des Gewässerschutzes gefunden werden.“

10.22 Gutachten des Bundesamtes für Umwelt/Bundesamtes für Justiz

„1. Auftrag

Die UREK-S zieht im Rahmen der Pa.Iv Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) die Einführung der Pflichten zur Revitalisierung von Gewässern sowie zur Ergreifung von Massnahmen bei Wasserkraftwerken, welche schädliche Schwall- und Sunkwirkungen, einen gestörten Geschiebetrieb oder eine gestörte Fischgängigkeit verursachen, in Erwägung. Diese neuen Pflichten sollen von der öffentlichen Hand finanziell unterstützt werden. Für die Art und Weise der Mittelbeschaffung berät die UREK-S über drei verschiedene Varianten, wobei sich die Frage der Verfassungskonformität der verschiedenen Finanzierungsvarianten gestellt hat. Das BAFU hat von der UREK-S den Auftrag, diese Fragen vom Bundesamt für Justiz abklären zu lassen. Die nachfolgenden Ausführungen zur Verfassungsmässigkeit der Finanzierungsvarianten sind mit dem Bundesamt für Justiz abgestimmt.

2. Vorgeschlagene Finanzierungsvarianten

2.1 Variante 1: Abgabe auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze

Im Gewässerschutzgesetz wird ein Subventionstatbestand für die Revitalisierung von Gewässern sowie für Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit bei Wasserkraftwerken, deren Konzession noch mindestens 15 Jahre andauert, eingeführt. Die Subventionierung richtet sich nach den Grundsätzen der NFA und soll bei Revitalisierungen durchschnittlich 65 % der Kosten und bei Massnahmen bei Wasserkraftwerken durchschnittlich 80 % der Kosten betragen.

Die Mittel für die Subventionen werden über einen Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze beschafft. Im Energiegesetz vom 26. Juni 1998 wird bereits vorgesehen, dass die nationale Netzgesellschaft Zuschläge u.a. zur Finanzierung einiger Aufgaben im Bereich der Förderung erneuerbarer Energien erhebt. Vorgeschlagen wird nun, diese Bestimmung durch einen weiteren Zuschlag von maximal 0.2 Rappen pro kWh zur Finanzierung von Renaturierungen (Revitalisierungen und Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk und Geschiebe bei Wasserkraftwerken) zu ergänzen. Die Abgabe kann auf die Endverbraucher überwälzt werden. Die nationale Netzgesellschaft überweist dem Bund den Ertrag aus dem Zuschlag zur ausschliesslichen Verwendung für die genannte Subventionierung.

2.2 Variante 2: Abgabe auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze und ordentliche Bundesmittel

Im Gewässerschutzgesetz werden wie bei Variante 1 Subventionstatbestände für die Revitalisierung von Gewässern sowie für Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit bei Wasserkraftwerken eingeführt, allerdings in zwei verschiedenen Subventionsbestimmungen. Grund dafür ist, dass die Mittel für die Subventionierung bei Variante 2 im Gegensatz zu Variante 1 nicht für alle subventionierten Tätigkeiten aus der Abgabe auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze beschafft werden, sondern lediglich für die Massnahmen bei Wasserkraftwerken im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit. Dementsprechend würde die Abgabe maximal 0.1 Rappen pro kWh betragen, ansonsten entspricht die vorgeschlagene Abgaberegelung im Energiegesetz derjenigen von Variante 1.

Die Subventionierung der Revitalisierungen soll mit ordentlichen Bundesmitteln finanziert werden.

2.3 Variante 3: Teilzweckbindung einer Erhöhung der Wasserzinse und ordentliche Bundesmittel

Im Gewässerschutzgesetz wird vorgesehen, dass sich Abgeltungen für Massnahmen bei Wasserkraftwerken im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit nach dem Wasserrechtsgesetz vom 22. Dezember 1916 richten. Dort soll der höchstzulässige Wasserzins, den die Kantone erheben dürfen, von heute 80 Franken auf 100 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung erhöht werden. Soweit die Kantone einen Wasserzins erheben, werden sie sodann verpflichtet, während 20 Jahren daraus jährlich 8 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung für Abgeltungen an die Inhaber von Wasserrechtskonzessionen, welche noch mindestens 15 Jahre andauern, für Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit zu verwenden. Die Abgeltungen sollen in der Regel 80% der Kosten abdecken.

Die Subventionierung der Revitalisierungen wird bei Variante 3 gleich wie bei Variante 2 aus ordentlichen Bundesmitteln finanziert.

3. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Der Bund bedarf für die Erhebung von Steuern einer ausdrücklichen und spezifischen Grundlage in der Bundesverfassung. Ohne solche Grundlage, d.h. bloss gestützt auf eine Sachkompetenz, kann der Bund grundsätzlich nur Kausalabgaben und echte Lenkungsabgaben erheben (sog. Abgabeeerhebung kraft Sachzusammenhang). Zu den Kausalabgaben werden klassischerweise die Gebühren und Vorzugslasten gezählt. Ausschlaggebend für die Unterscheidung zwischen Steuern und Kausalabgaben ist das Kriterium der Zurechenbarkeit. Dabei wird

gefragt, ob bzw. inwiefern dem Abgabepflichtigen eine staatliche Gegenleistung individuell zurechenbar ist (sog. «Individualadäquanz»).

Darüber hinaus erachtet das Bundesamt für Justiz in seiner neueren Praxis eine Abgabeerhebung kraft Sachzusammenhang auch für zulässig in Bezug auf bestimmte Abgabetypen, die einen engen Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Verwendungszweck der Abgabe aufweisen, ohne das Kriterium der Individualadäquanz zu erfüllen. Dazu gehören folgende Abgabetypen:

- Aufsichtsabgaben. Darunter fallen namentlich die pauschal bemessenen Abgaben im Bereich der Banken- und Privatversicherungsaufsicht sowie der Unfallverhütung im Straßenverkehr. Bei diesen Abgaben besteht Kongruenz zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Kreis der Personen, denen die Abgabeverwendung als Gruppe zugute kommt (sog. «Gruppenadäquanz»).
- Ausgleichsabgaben mit besonderem Verwendungszweck. Beispiele sind die Abgabe zur Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung im Fernmeldewesen sowie die Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes zur Finanzierung von Kosten für erneuerbare Energien und für Massnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz. Solche Ausgleichsabgaben werden von einer abgegrenzten Gruppe von Personen geschuldet, die in einem liberalisierten Markt (Fernmeldemarkt, Strommarkt) miteinander in Wettbewerb stehen. Die Abgaben beschränken sich auf den Ausgleich von Sonderlasten, die einzelne Wettbewerbsteilnehmer auf sich nehmen, um gesetzlich umschriebene Ziele bzw. gesetzliche Pflichten zu erfüllen. Der Bund ist kompetent für die Erhebung solcher Ausgleichsabgaben, soweit sich ihr Verwendungszweck auf eine hinreichende Grundlage in der Bundesverfassung abstützen kann.

Nicht genügend eng ist dagegen der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Verwendungszweck der Abgabe im Fall von Kostenanlastungssteuern. Mit Kostenanlastungssteuern werden die Kosten für bestimmte Aufwendungen des Gemeinwesens nicht (nach den Kriterien der Leistungsfähigkeit und Erhebungskökonomie) der Allgemeinheit, sondern einem kleineren Kreis von Personen auferlegt, «weil sie zu bestimmten Aufwendungen des Gemeinwesens eine nähere Beziehung haben als die Gesamtheit der Steuerpflichtigen. Die Kostenanlastungsabgabe wird voraussetzungslos, d.h. unabhängig vom konkreten Nutzen oder vom konkreten Verursacheranteil des Pflichtigen erhoben». Kostenanlastungssteuern versuchen lediglich, aus der grösseren Gruppe «Allgemeinheit» mittels eines möglichst wenig willkürlichen Unterscheidungsmerkmals eine Sondergruppe auszuscheiden. Dabei wird in Kauf genommen, dass einzelne Abgabepflichtige nachweisbar von der Verwendung der Abgabe keinen Sondernutzen, ja überhaupt keinen Nutzen ziehen können, oder dass sie nachweisbar den Schaden, der mit ihrer Tätigkeit normalerweise verbunden ist, nicht verursacht haben. In Anbetracht des ungenügenden Zusammenshangs zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Grund der Abgabe

bedürfen Kostenanlastungssteuern des Bundes daher einer ausdrücklichen und spezifischen Grundlage in der Bundesverfassung.

Aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Schranken im Bereich der öffentlichen Abgaben sind die von der UREK-S vorgeschlagenen Finanzierungsvarianten anhand folgender Fragen zu beurteilen:

- Hat die Finanzierungsvariante Steuercharakter?
- Wenn der Steuercharakter verneint wird: Kann sich der Verwendungszweck der Finanzierungsvariante auf eine Sachkompetenz in der Bundesverfassung abstützen?
- Wenn der Steuercharakter bejaht wird: Kann sich die Finanzierungsvariante auf eine Steuerkompetenz in der Bundesverfassung abstützen?

Mit Blick auf die zur Diskussion stehenden gesetzgeberischen Massnahmen im Bereich des Gewässerschutzes sind die Bundeskompetenzen in Art. 76 BV von Bedeutung. Diese Bestimmung lautet:

Art. 76 Wasser

¹ Der Bund sorgt im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen sowie für die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers.

² Er legt Grundsätze fest über die Erhaltung und die Erschliessung der Wasservorkommen, über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke sowie über andere Eingriffe in den Wasserkreislauf.

³ Er erlässt Vorschriften über den Gewässerschutz, die Sicherung angemessener Restwassermengen, den Wasserbau, die Sicherheit der Stauanlagen und die Beeinflussung der Niederschläge.

⁴ Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone. Sie können für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben. Der Bund hat das Recht, die Gewässer für seine Verkehrsbetriebe zu nutzen; er entrichtet dafür eine Abgabe und eine Entschädigung.

⁵ Über Rechte an internationalen Wasservorkommen und damit verbundene Abgaben entscheidet der Bund unter Bezug der betroffenen Kantone. Können sich Kantone über Rechte an interkantonalen Wasservorkommen nicht einigen, so entscheidet der Bund.

⁶ Der Bund berücksichtigt bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen der Kantone, aus denen das Wasser stammt.

Von Bedeutung ist ferner das in Art. 74 Abs. 2 BV statuierte Verursacherprinzip. Dieses schreibt vor, dass die Kosten der Vermeidung und Beseitigung von schädlichen und lästigen Einwirkungen auf den Menschen und seine natürliche Umwelt vom Verursacher getragen werden müssen.

4. Beurteilung der verschiedenen Varianten

4.1 Variante 1:

Gemäss Variante 1 wird die nationale Netzgesellschaft gesetzlich verpflichtet, bei allen Benützern des Hochspannungsnetzes Zuschläge auf die Übertragungskosten zu erheben. Diese Zuschläge sind dem Bund für die Verwendung als Subventionen im Bereich des Gewässerschutzes zu überweisen. Die Subventionen betreffen die Revitalisierung von Gewässern sowie Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit.

Die Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes sind öffentliche Abgaben, da sie an den Staat fliessen und von diesem für die Erfüllung staatlicher Aufgaben verwendet werden. Abgabesubjekt sind die Benutzer des Hochspannungsnetzes, also die Netzbetreiber, Abgabeobjekt die Entgelte für die Nutzung des Hochspannungsnetzes. Die Bemessungsgrundlage der Abgabe ist durch Variante 1 nur insofern definiert, als der Zuschlag höchstens 0.2 Rappen pro kWh betragen darf. Verwendungszweck der Abgabe ist die Finanzierung der genannten Gewässerschutzmassnahmen.

Um zu beurteilen, ob die Abgabe auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes Steuercharakter hat, ist nach dem Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabesubjekte, d.h. den Netzbetreibern, und dem Verwendungszweck der Abgabe zu fragen. Die fraglichen Gewässerschutzmassnahmen dienen der Behebung von Schäden, die zum Teil von Wasserkraftwerken verursacht worden sind (vor allem die Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit). Gemäss Variante 1 sollen nun aber die Kosten für diese Massnahmen nicht den verursachenden Wasserkraftwerken, sondern den Netzbetreibern angelastet werden, wobei die Netzbetreiber diese Kosten auf die Endverbraucher überwälzen können. Die Kostenverursacher und die Kostenträger sind damit weder dieselben Individuen noch gehören sie einer gleichen Gruppe an. Insoweit besteht kein Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabesubjekte und dem Verwendungszweck der Abgabe.

Ein Zurechnungszusammenhang würde dann bestehen, wenn die Abgabe besondere öffentlichrechtliche Lasten einzelner Wettbewerbsteilnehmer im liberalisierten Strommarkt ausgleichen würde und mithin als Ausgleichsabgabe mit besonderem Verwendungszweck verstanden werden könnte. Solche Ausgleichsabgaben sind in Art. 15b Abs. 1 EnG vorgesehen. Insbesondere gleicht die Abgabe gemäss Art. 15b Abs. 1 Bst. a EnG Wettbewerbsnachteile aus, die einzelne Netzbetreiber dadurch erleiden, dass sie kraft Gesetz zur Abnahme von erneuerbarer Energie aus Wasserkraftwerken verpflichtet sind. Die von Variante 1 vorgesehene Abgabe ist jedoch mit den Ausgleichsabgaben gemäss Art. 15b Abs. 1 EnG nicht vergleichbar. Sie gleicht nämlich nicht öffentlichrechtlich bedingte Wettbewerbsnachteile einzelner Netzbetreiber aus, sondern lastet die Kosten für Gewässerschutzmassnahmen einem Kreis von Abgabepflichteten (Netzbetreiber) an, die diese Kosten gar nicht verursacht haben. Damit handelt es sich bei dieser Abgabe um eine Kostenanlastungssteuer, die einer ausdrücklichen und spezifischen Grundlage in der Bundesverfassung bedarf.

Die Bundesverfassung enthält keine Steuerkompetenz für die von Variante 1 vorgesehene Abgabe. Damit ist Variante 1 nicht verfassungsmässig.

4.2 Variante 2:

Variante 2 unterscheidet sich von Variante 1 dahingehend, dass die Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes nur für die Subventionierung von Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk und Geschiebe verwendet werden. Demgegenüber wird die Subventionierung von Revitalisierungsmassnahmen durch ordentliche Bundesmittel finanziert.

Die obigen Ausführungen zu Variante 1 gelten mutatis mutandis auch für Variante 2. Zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen (Netzbetreiber) und dem Verwendungszweck der Abgabe (Subventionierung von Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk und Geschiebe) besteht kein hinreichender Zurechnungszusammenhang. Die Abgabe ist demnach als Steuer zu qualifizieren, die in der Bundesverfassung zu verankern wäre. Diese enthält wie gesagt keine entsprechende Steuerkompetenz. Variante 2 ist insofern nicht verfassungsmässig.

Es besteht allerdings die Möglichkeit, Variante 2 so anzupassen, dass ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Verwendungszweck der Abgabe besteht und die Regelung damit ohne explizite Grundlage in der Bundesverfassung verfassungskonform wäre. Ein solcher Zurechnungszusammenhang würde dann bestehen, wenn die Abgabe besondere öffentlichrechtliche Lasten einzelner Wettbewerbsteilnehmer im liberalisierten Strommarkt ausgleichen würde und mithin als Ausgleichsabgabe mit besonderem Verwendungszweck verstanden werden könnte. Dazu müssten einerseits die Wasserkraftanlagen im Gewässerschutzgesetz direkt verpflichtet werden, Sanierungsmassnahmen im Bereich Schwall/Sunk und Geschiebe zu treffen. Andererseits wären die Netzbetreiber im Energiegesetz zu verpflichten, den Wasserkraftwerken die Kosten für die Sanierungsmassnahmen zu vergüten. Eine solche Vergütungspflicht der Netzbetreiber kann auf verschiedene Weise ausgestaltet werden. Denkbar wäre, die Netzbetreiber direkt zu verpflichten, den Wasserkraftanlagen in ihrem Netzgebiet die Kosten abzugelten, die ihnen aufgrund von Sanierungsmassnahmen entstehen. Die Netzbetreiber hätten in dem Masse Anspruch auf die Erträge aus der Abgabe, in dem sie den Wasserkraftanlagen Kosten für Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk und Geschiebe vergütet haben.

Mit einer solchen Regelung würde die Abgabe Wettbewerbsnachteile einzelner Netzbetreiber, die aufgrund der Vergütungspflicht Sonderlasten tragen, ausgleichen. Damit läge eine Ausgleichsabgabe mit besonderem Verwendungszweck vor, die auf einem hinreichenden Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Verwendungszweck basiert. Eine solche Ausgleichsabgabe hätte in der Sachkompetenz des Bundes im Bereich des Gewässerschutzes (Art. 76 Abs. 3 BV) eine genügende Verfassungsgrundlage.

Verfassungsrechtlich unproblematisch ist Variante 2 insofern, als sie die Subventionierung von Revitalisierungsmassnahmen durch ordentliche Bundesmittel vor sieht. Ein solcher Subventionstatbestand kann sich auf die Bundeskompetenz im Bereich des Gewässerschutzes (Art. 76 Abs. 3 BV) abstützen.

4.3 Variante 3:

Der Wasserzins gemäss Art. 48 ff. WRG ist eine Kausalabgabe, welche die Wasserrechtskonzessionäre der öffentlichen Hand (Kantone und Gemeinden) schulden, damit sie das öffentliche Gut Wasser für die Erzeugung von Elektrizität nutzen dürfen. Die Kompetenz der Kantone zur Erhebung des Wasserzinses ergibt sich aus ihrer Gewässerhoheit, die in Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV ausdrücklich bestätigt wird. Indem der Bundesgesetzgeber den Kantonen zum Verwendungs zweck des Wasserzinses Vorschriften macht, greift er in deren Gewässerhoheit ein. Es stellt sich die Frage, ob die Bundesverfassung dies zulässt.

Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV bestimmt, dass die Kantone für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben können. Damit erteilt die Bundesverfassung dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz, die Schranken des Wasserzinses festzulegen. Mit «Schranken» ist an die Festlegung eines Wasserzins-Maximums gedacht. Die Festlegung eines solchen Maximums dient dem öffentlichen Interesse, die Kosten für die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung in Grenzen zu halten. Mit der von Variante 3 vorgesehenen Zweckbindung des Wasserzinses würde der Bundesgesetzgeber demgegenüber ein anderes öffentliches Interesse verfolgen, nämlich das Interesse des Gewässerschutzes. Eine solche Zweckbindung des Wasserzinses würde der Ratio der Bundes kompetenz in Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV zuwiderlaufen. Zudem würde der Bundes gesetzgeber mit einer Zweckbindung des Wasserzinses übermäßig in die Finanzautonomie der Kantone eingreifen. Die Kantone müssen autonom entscheiden können, auf welche Art und Weise sie die im neuen Art. 39a GSchG (Gewässerschutzgesetz; SR 814.20) vorgesehene Pflicht zur Ergreifung von Massnahmen im Bereich Schwall/Sunk und Geschiebe finanzieren sollen.

Somit ist Variante 3 insofern mit der Verfassung nicht vereinbar, als sie den Kantonen eine Zweckbindung des Wasserzinses vorschreibt.

Hingegen ist es dem Bundesgesetzgeber selbstverständlich unbenommen, im Zusammenhang mit der Revision des Gewässerschutzgesetzes das Wasserzins Maximum generell von 80 auf 100 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung zu erhöhen. Auf diese Weise kann er dafür sorgen, dass die Kantone für die Erfüllung der neu vorgesehenen Pflichten im Bereich des Gewässerschutzes zusätzliche finanzielle Mittel erschliessen können. Damit würde er die Einführung neuer kantonaler Pflichten im Bereich des Gewässerschutzes politisch – nicht aber juristisch – mit einer Erhöhung des Wasserzins-Maximums verknüpfen.

Ergebnisse

Variante 1 hat keine hinreichende Grundlage in der Bundesverfassung und ist deshalb verfassungswidrig.

Variante 2 hat in der Form des vorliegenden Entwurfs keine hinreichende Grundlage in der Bundesverfassung und ist deshalb verfassungswidrig. Sie kann jedoch bundesverfassungskonform ausgestaltet werden.

Variante 3 ist insofern verfassungswidrig, als sie den Kantonen eine Zweckbindung des Wasserzinses vorschreibt. Zulässig ist demgegenüber eine generelle Erhöhung des Wasserzins-Maximums von 80 auf 100 Franken pro Kilowatt Bruttsoleistung.“

10.3 Kurzer Kommentar

Ich darf mich den Ausführungen des Bundesamtes für Justiz und des Bundesamtes für Umwelt anschliessen.

Im Gutachten wird mit Nachdruck darauf aufmerksam gemacht, dass der Bund nicht beliebig Abgaben erheben darf. Ihm steht nur das zu, was ihm die Bundesverfassung zu erheben erlaubt. Das heisst insbesondere, dass er für (voraussetzungslose) Steuern einer ausdrücklichen und spezifischen Grundlage in der Bundesverfassung bedarf, und dass er bloss gewisse und tendenziell weniger schwergewichtige (in Ziff. 3 erläuterte) Abgaben kraft Sachzusammenhangs (mit einer anderen Zuständigkeit) einfordern kann.

Die Variante 1 will eine bestimmte Gruppe, nämlich die Netzbetreiber, belasten, die offensichtlich die zu deckenden Kosten gar nicht verursacht haben. Ein „vernünftiger“, „sachlich haltbarer“ Konnex fehlt: es ist nicht ersichtlich, weshalb die ins Auge gefasste Gruppe zu Abgabepflichtigen gemacht werden soll – und vor allem ist nicht nachvollziehbar, gestützt auf welche Kompetenz der Bund dies tun will. Fehlt es jedoch an einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Bundeskompetenz, ist die Variante 1 verfassungswidrig.

Für Variante 2 gilt grundsätzlich das zur Variante 1 Gesagte. Die Autoren des Gutachtens sehen immerhin die Möglichkeit, diese Variante so zu modifizieren, dass sie verfassungskonform wäre. Erforderlich wäre eine konzertierte Änderung des Gewässerschutz- sowie des Energiegesetzes, so dass eine entsprechend ausgestaltete „Ausgleichsabgabe“ in der Sachkompetenz des Bundes im Bereich des Gewässerschutzes (Art. 76 Abs. 3 BV) eine genügende Verfassungsgrundlage hätte.

Bei Variante 3 würde der Bund den Kantonen vorschreiben, wie sie über einen Teil ihres Entgeltes, des Wasserzinses, zu verfügen hätten. Auch hier stellt sich die Frage, woher der Bund sich das Recht nehmen würde, den Kantonen solche Vorschriften zu machen bzw. dergestalt in ihre Finanzautonomie einzugreifen.

Fehlt es jedoch in concreto an einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeit, ist der Bund also nicht kompetent, den Kantonen solche Vorschriften zu machen, so ist die Variante 3 eben mit der Verfassung nicht vereinbar.

Hilfreich ist meines Erachtens der abschliessende Hinweis darauf, dass es dem Bundesgesetzgeber unbenommen sei, das Wasserzinsmaximum zu erhöhen, wo durch die Kantone über zusätzliche Mittel verfügten, die sie dann – in eigener Zuständigkeit – für neue Aufgaben im Bereich des Gewässerschutzes nutzen könnten. Das schiene mir – politisch – auch der klarere Weg als jener über eine Modifikation von Variante 2. Es scheint mir grundsätzlich empfehlenswerter, für Abgaben klare und eindeutige (Kompetenz-)Normen zu erlassen, so dass jeder Mann sieht, wer wie viel zu bezahlen hat. Zu klaren Normen kann auch klar Stellung genommen werden, ohne dass man gleichsam die eine Kröte schlucken muss, weil man etwas anderes auf keinen Fall verlieren möchte.