



Entscheidinstanz: Baudirektion
Geschäftsnummer: BD_A13 044
Datum des Entscheids: 5. April 2013
Rechtsgebiet: Wasserwirtschaft
Stichwort(e): wasserrechtliche Konzession
Kleinwasserkraftwerk
Vorentscheid
verwendete Erlasse: §§ 36 ff. WWG
§ 43 WWG
Art. 9 Bundesgesetz über die Fischerei

Zusammenfassung (verfasst von der Staatskanzlei):

Die Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers mittels eines Kleinwasserkraftwerks (KWKW) bedarf einer Konzession, wenn sie weder öffentliche Interessen erheblich beeinträchtigt noch die Rechte anderer Wassernutzungsberechtigter erheblich schmälert. Zu wählende öffentliche Interessen sind namentlich solche des Natur- und Heimatschutzes, der Fischerei und des Gewässerschutzes.

Interessenabwägung betreffend ökologische Aufwertung im Rahmen eines Vorentscheids.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Sachverhalt:

Die Politische Gemeinde X. [Rekurrentin] ersuchte die Baudirektion um einen rekursfähigen Vorentscheid betreffend den Bau eines Kleinwasserkraftwerks (KWKW) im Rahmen eines öffentlichen Gestaltungsplans für die «Gebietsentwicklung Park am [...]bach». In einem Fragenkatalog führte die Rekurrentin zehn projektrelevante Fragen auf. Das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft [Rekursgegner] führte in der Folge als federführendes Amt eine verwaltungsinterne Vernehmlassung beim Amt für Raumentwicklung (ARE), beim Amt für Landschaft und Natur (ALN) sowie intern, bei den eigenen Fachstellen, durch. Gegen die Verweigerung eines positiven Vorentscheids für ein KWKW erhob die Gemeinde X. Rekurs bei der Baudirektion.

Erwägungen:

[...]

5. Den Gemeingebrauch beschränkende oder übersteigende Nutzungen der öffentlichen Gewässer, die dazu erforderlichen Bauten und Anlagen sowie deren Änderun-

gen bedürfen je nach Art der Nutzung einer Konzession oder einer Bewilligung (§ 36 Abs. 1 WWG). Die Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers, wie dies vorliegend geplant ist, bedarf unbestrittenermassen einer Konzession (vgl. § 1 lit. b Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz vom 21. Oktober 1992 [KonzV WWG; LS 724.211]). Über Fragen der Nutzung der öffentlichen Gewässer, die für die spätere Bewilligungsfähigkeit eines Vorhabens grundlegend sind, können Vorentscheide eingeholt werden (§ 37 Abs. 1 Satz 1 WWG). Konzessionen und Bewilligungen zur Nutzung öffentlicher Gewässer dürfen nur erteilt werden, wenn sie weder öffentliche Interessen erheblich beeinträchtigen noch die Rechte anderer Wassernutzungsberechtigter erheblich schmälern (§ 43 Abs. 1 WWG). § 38 Abs. 2 WWG kommt – entgegen der Ansicht der Rekurrentin – nicht zur Anwendung, da im vorliegenden Fall kein Vorprüfungsverfahren durchgeführt werden musste. Zu wahrende öffentliche Interessen sind namentlich solche des Natur- und Heimatschutzes, der Fischerei und des Gewässerschutzes (vgl. § 2 WWG). Es ist zu beachten, dass bereits die Gefahr der Beeinträchtigung öffentlicher Interessen genügt, ein Gesuch abzuweisen (vgl. Weisung des Regierungsrats zum WWG, ABI. 1988 S. 679).

Insbesondere sieht die eidgenössische Fischereigesetzgebung vor, dass die Behörden bei ihrer Tätigkeit dafür besorgt sein müssen, die natürliche Artenvielfalt und den Bestand einheimischer Fische sowie deren Lebensräume zu erhalten, zu verbessern oder nach Möglichkeit wiederherzustellen (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über die Fischerei [BGF; SR 923.0]). Das Bundesrecht auferlegt den Kantonen die Pflicht, nach Möglichkeit Massnahmen zur Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere sowie zur lokalen Wiederherstellung zerstörter Lebensräume, wie dies auf den fraglichen Abschnitt des [...]bachs zutrifft, zu ergreifen (Art. 7 Abs. 2 BGF). Bei Neubauprojekten haben die Behörden sicherzustellen, dass günstige Lebensbedingungen für die Wassertiere geschaffen werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. a BGF), die freie Fischwanderung sichergestellt ist (lit. b), die natürliche Fortpflanzung möglich ist (lit. c) und dass keine Fische durch bauliche Anlagen getötet oder verletzt werden (lit. d). Können angeordnete Massnahmen schwere Beeinträchtigungen der Fischereinteressen nicht verhindern, ist eine Gesamtinteressenabwägung notwendig (Art. 9 Abs. 2 BGF). Ist ein Bauprojekt zu beurteilen, das einen neuen baulichen Zustand festsetzt und damit weitergehende Aufwertungen des Gewässers auf Jahre hinaus verunmöglicht (oder stark erschwert), muss der beurteilenden Behörde das Recht (und auch die Pflicht) zugestanden werden, das Projekt nicht bloss mit dem Ist-Zustand zu vergleichen, sondern auch mit einem wünschenswerten (und realisierbaren) Zukunftszustand. In diesem Sinne hält auch Art. 33a der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) fest, dass bei der Festlegung des ökologischen Potentials eines Gewässers sowohl die ökologische Bedeutung des Gewässers im heutigen Zustand zu berücksichtigen ist (lit. a), als auch die mögliche ökologische Bedeutung des Gewässers im Zustand, in dem die vom Menschen verursachten Beeinträchtigungen so weit beseitigt sind, als dies mit verhältnismässigen Kosten machbar ist (lit. b).

Aus § 43 Abs. 1 WWG darf nicht durch Umkehrschluss gefolgert werden, bei Fehlen der Hinderungsgründe müsse die Konzession erteilt werden. Ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession besteht nicht. Dem Rekursgegner als Konzessionsbehörde steht beim Entscheid über die Erteilung der wasserrechtlichen Konzession ein er-

heblicher Beurteilungsspielraum (Ermessen) zu. Dieses Ermessen hat die Konzessionsbehörde allerdings pflichtgemäss auszuüben (vgl. im Allgemeinen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 2598 und 2603). Obschon im Rekursverfahren eine Ermessensüberprüfung zulässig ist (vgl. § 20 Abs. 1 lit. c Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 [VRG; LS 175.2]), auferlegen sich die Rekursbehörden Zurückhaltung, wenn – wie vorliegend – technische (naturwissenschaftliche) Fragen zu klären sind (vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 22 zu § 20).

6.a) Vorab ist auf Folgendes hinzuweisen:

[...]

Mit der von der Rekurrentin monierten kantonalen Positivplanung KWKW-Standorte sollen Wasserstrecken (behördenintern) ausgeschieden werden, welche sich unter Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen als Standort für die Erstellung eines KWKW eignen. Dabei sollen insbesondere Standorte vorgemerkt werden, die über ein grosses Gefälle und nennenswerte Gewässerabstürze verfügen. Zwar ist die kantonale Positivplanung KWKW-Standorte noch in der Vernehmlassungsphase und wird damit noch nicht direkt angewendet. Da es sich indes dabei um eine Richtlinie und also solche nur (aber immerhin) um eine behördeninterne Anweisung handelt, wie bestimmte Sachverhalte zu beurteilen sind, ist es, anders als bei Gesetzen, Verordnungen oder raumplanerischen Festsetzungen (bei denen eine Vorwirkung mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen ist) zulässig, die zugrunde liegenden Überlegungen bereits vor der formellen Festsetzung auf einen Einzelfall anzuwenden. Das Vorgehen des Rekursgegners ist mithin nicht zu beanstanden.

b) Gemäss Angaben des ALN präsentiert sich der [...]bach im heutigen Zustand als stark kanalisiertes Gewässer und weist daher einen eher bescheidenen ökologischen Wert auf (gemäss GIS-Browser, Karte Gewässerökonomie: «künstlich und naturfremd»). Der [...]bach kann seine Funktionen als Fliessgewässerlebensraum und Vernetzungsschwerachse somit im heutigen Zustand nur noch eingeschränkt wahrnehmen und wird seinem Potential in keiner Weise gerecht. Der Hinweis der Rekurrentin, das ALN sei bei der Frage der Beeinträchtigung der Ökologie des [...]bachs von einem mutmasslichen Zukunftszustand und nicht vom Ist-Zustand ausgegangen, ist nur teilweise zutreffend: Das ALN führt zwar aus, welches ökologische Potenzial der [...]bach hätte bzw. welche Massnahmen hierfür notwendig wären (vgl. auch den Masterplan, Genereller Wasserbauplan [...]bach): Wiederherstellen des Fliesswasserkontinuums und der Durchgängigkeit, Schaffung von Stellen mit unterschiedlichen Fliessgeschwindigkeiten, Verbesserung der Wasserqualität und Wassertemperatur usw. Es wäre sogar denkbar, dass die Seeforelle (Gefährdungsgrad 2 gemäss Anhang I der Verordnung vom 24. November 1993 zum Bundesgesetz über die Fischerei [VBGF; SR 923.01]) aus dem [...]see wieder bis in den Projektperimeter aufsteigen würde und dort auf intakte Laichgründe angewiesen wäre. Die skizzierte künftige Entwicklung des [...]bachs ist nachvollziehbar und deren Berücksichtigung erweist sich im Übrigen – wie gezeigt – als zulässig (vgl. Art. 7 Abs. 2 BGF und Art. 33a lit. b GSchV). Die künftige Entwicklung muss aber im vorliegenden Rekursverfahren nicht

abschliessend geprüft werden, denn wie das ALN zutreffend ausführt, hat die vorge-sehene Kraftwerknutzung mit Querbauwerk und Ausleitstrecke erhebliche negative Auswirkungen auf den [...]bach im heutigen Ist-Zustand: Die Errichtung eines Kraft-werks würde die Migration von Fischen sowie anderen Flusslebewesen noch stärker behindern und auch mit einer Fischtreppe ein zusätzliches Wanderhindernis darstel-len. Das Wehr würde eine Einstaustrecke verursachen, mit welcher Reproduktions-gebiete und Jungfischhabitate für strömungsliebende (reophile) Arten oberhalb des Wehrs verloren gingen, und die zu einer Gewässererwärmung führte (weniger Durch-fluss). Weiter würde die kraftwerksbedingte Wasserentnahme mittels Ausleitstrecke zu einer neuen Restwasserstrecke führen, was ebenfalls eine Wassererwärmung zur Folge hätte (kleineres Gerinne mit geringerer Wassertiefe). Da bereits rund 60 % des [...]bachs Restwasserstrecken sind, müssen weitere Restwasserstrecken vermieden werden. Demnach wird die (noch verbliebene) Ökologie des [...]bachs durch das KWKW-Projekt negativ beeinträchtigt und das Revitalisierungspotential, welches ge-stützt auf den Wasserbauplan [...]bach ausgewiesen ist, auf Jahre hinaus geschmä-ler.

Der Rekursgegner macht damit zu Recht geltend, dass eine Gefährdung öffentlicher Interessen bestehe (Fischerei und Gewässerschutz), die eine Verweigerung der Konzession für das KWKW rechtfertige. Die Feststellungen des Rekursgegners er-weisen sich als ausgewiesen und nachvollziehbar. Dagegen hat die Rekurrentin nichts Entscheidendes einwenden können. Insbesondere sind die ins Feld geführten ökologischen Aufwertungen (Aufwertung der Uferbereiche und Schaffung von Klein-lebensräumen) nicht derart gewichtig, dass sie die massiven Beeinträchtigungen des [...]bachs durch den Bau des Kraftwerks aufzuwiegen vermöchten.

- c) Die Rekurrentin bringt allerdings vor, das KWKW diene neben der Energiegewinnung auch der Aufwertung und Ergänzung der die [Rekurrentin] heute prägenden Indust-rielandschaften. Damit macht sie sinngemäss überwiegende öffentliche Interessen geltend, die nach einer Konzessionserteilung verlangten.

Die Parteien sind sich zunächst dahingehend einig, dass das geplante KWKW in keiner Weise wirtschaftlich betrieben werden könnte (die Rekurrentin spricht denn auch von einer energiepolitischen Geste), weshalb dem öffentlichen Interesse der Energienutzung kein grosses Gewicht zufallen kann.

Ein KWKW im fraglichen Perimeter vermag den industriellen Charakter der [Rekur-rentin] zwar durchaus hervorzuheben und damit ein gewisses städtebauliches (öf-fentliches) Interesse zu begründen. Dieses kann aber – wie der Rekursgegner zutref-fend dargelegt hat – die gewichtigen öffentlichen Interessen an der Fischerei und dem Gewässerschutz nicht überwiegen. Nur der Vollständigkeit halber sei noch dar-auf hingewiesen, dass die Rekurrentin gemäss eigenen Angaben ursprünglich mit einer Variante mit und einer Variante ohne KWKW geplant hat. Sie scheint demnach ohne Weiteres in der Lage zu sein, auch ohne KWKW ein städtebaulich befriedigen-des Ergebnis erreichen zu können.

- d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Rekursgegner als Konzessionsbehörde das ihm zustehende Ermessen rechtmässig ausgeübt hat. Demnach ist es nicht zu

beanstanden, wenn der Rekurrentin die wasserrechtliche Konzession für den Bau eines neuen KWKW nicht in Aussicht gestellt wurde. Da sich auch weitere Sachverhaltsfeststellungen nicht als notwendig erweisen, ist der Rekurs vollumfänglich abzuweisen.

7. [...]