Urteil des Bundesgerichts 2C_671/2023 vom 21. Januar 2025[1]

Der Sachverhalt:

Die A AG mit Sitz in U (Kanton Wallis) hat bis und mit dem 9. September 2023 das Wasserkraftwerk Ernen betrieben, welches am 10. September 2023 gemäss den Heimfallausübungserklärungen des Kantons Wallis und der Konzessionsgemeinden an die genannten Gemeinwesen heimfiel. Seither wird das Wasserkraftwerk durch die B AG mit Sitz in V (Kantons Wallis) betrieben.

Gemäss der strategischen Planung des Kantons Wallis wurde durch die Wasserfassung in Gluringen eine wesentliche Beeinträchtigung der Fischwanderung in der Rhone verursacht, weshalb die A AG im September 2015 zur Planung einer geeigneten Sanierungsmassnahme verpflichtet wurde. Am 8. Mai 2020 reichte die A AG das Gesuch um Erstattung der anrechenbaren Kosten ein. Am 12. Mai 2020 leitete der Kanton Wallis das Gesuch mit seiner Stellungnahme dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) weiter.

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 ordnete das BAFU nach Anhörung des Kantons Wallis die Entschädigung der A AG für die anrechenbaren Kosten der Fischwanderhilfen (Fischaufstieg und Fischabstieg) in der voraussichtlichen Höhe von Fr. 1'594'340.-- (inkl. MwSt.) an. Das BAFU führte in der Verfügung unter anderem aus, die Betriebs- und Unterhaltskosten (inkl. Energie für den Fischlift) gehörten nicht zu den gemäss Art. 34 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) zu entschädigenden Kosten.

Gegen diese Verfügung erhob die A AG am 31. Januar 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte eine Entschädigungszusicherung, die sowohl die einmaligen Kosten der Sanierungsmassnahme (Planungs- und Errichtungskosten) als auch die wiederkehrenden Kosten für den Unterhalt und den Betrieb der geplanten Fischwanderhilfe in der voraussichtlichen Höhe von Fr. 24'000.-- (exkl. MWST) pro Jahr umfasse. Mit Urteil vom 25. Oktober 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, worauf die A AG und die B AG (Beschwerdeführerinnen) mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gelangten.

Streitfrage:

Gemäss Art. 34 EnG sind dem Inhaber einer Wasserkraftanlage die vollständigen Kosten für die Massnahmen nach Art. 83a des Gewässerschutzgesetzes vom 24. Januar 1991 (GschG; SR 814.20) oder nach Art. 10 des Bundesgesetzes über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF; SR 923.0) zu erstatten. Dabei entscheidet das BAFU im Einvernehmen mit dem betroffenen Kanton über die Entschädigung nach Art. 34 EnG (Art. 62 Abs. 2 EnG).

Vor Bundesgericht war umstritten, ob nach Art. 34 EnG neben den einmalig anfallenden Kosten der Sanierungsmassnahme auch die damit verbundenen wiederkehrenden Betriebs- und Unterhaltskosten zu erstatten sind. Zudem war zu klären, ob das BAFU gegen Art. 62 Abs. 2 EnG verstösst, wenn es die Entschädigung nach Anhörung des betroffenen Kantons, aber ohne dessen Einverständnis, zuspricht.

Erwägungen des Bundesgerichts:

(Zur Frage, ob das BAFU gegen Art. 62 Abs. 2 EnG verstösst, wenn es die Entschädigung der Sanierungskosten ohne das Einverständnis des betroffenen Kantons zuspricht:)

4.3.2.

[1] Zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

Aus dem Vergleich zwischen der ursprünglichen Fassung (Art. 15a bis aEnG) und der heute in Kraft stehenden Fassung (Art. 62 Abs. 2 EnG) ist eine wesentliche Änderung ersichtlich. Während Art. 15a bis aEnG verlangt, dass die *nationale Netzgesellschaft* "dem Konzessionär nach dessen Anhörung sowie im Einvernehmen mit dem BAFU und dem betroffenen Kanton" die vollständigen Kosten erstattet, sieht Art. 62 Abs. 2 EnG dagegen vor, dass das *BAFU* "im Einvernehmen mit dem betroffenen Kanton über die Entschädigung" entscheidet. […]

4.5.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei der Erarbeitung von Art. 15a bis aEnG kein Einvernehmen zwischen dem BAFU und dem betroffenen Kanton verlangte. Das erforderliche Einvernehmen bezog sich lediglich auf das Verhältnis zwischen der nationalen Netzgesellschaft einerseits und dem BAFU sowie dem betroffenen Kanton andererseits. Damit zielte der Gesetzgeber darauf ab, das "Einverständnis der Bundesfachbehörde für Gewässerschutz sowie die Koordination mit dem betroffenen Kanton" sicherzustellen (Bericht der UREK-S, S. 8066). Der Begriff des Einvernehmens ist aus seiner Entstehungsgeschichte daher als Einverständnis der Bundesfachbehörde zu verstehen. Mit Blick auf den betroffenen Kanton handelt es sich beim vorausgesetzten Einvernehmen demgegenüber nicht um ein Einverständnis, sondern um ein Instrument der Koordination.

Mit der Überführung der Zuständigkeitsregelung von Art. 15a bis aEnG in Art. 62 Abs. 2 EnG wechselte zugleich die Zuständigkeit für die Anwendung von Art. 34 EnG von der nationalen Netzgesellschaft zum BAFU. Da das BAFU die Gewässerschutzfachstelle des Bundes ist (vgl. Art. 49 Abs. 2 GSchG), entfiel die Notwendigkeit für das "Einverständnis der Bundesfachbehörde für Gewässerschutz" wie es der Gesetzgeber ursprünglich in Art. 15a bis aEnG beabsichtigte. Übrig blieb lediglich der gesetzgeberische Koordinationsgedanke mit dem betroffenen Kanton. Dieser Gedanke findet sich nach wie vor im Begriff des Einvernehmens im Sinne von Art. 62 Abs. 2 EnG wieder. Dementsprechend erfordert die Ausübung der Verfügungskompetenz des BAFU kein Einverständnis des betroffenen Kantons, sondern verlangt eine Koordination mit Letzterem. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerinnen, wonach das BAFU nach Art. 62 Abs. 2 EnG mit dem Entscheid zuzuwarten habe, bis die vorausgesetzte Einigung mit dem betroffenen Kanton habe herbeigeführt werden können, findet somit keine Stütze. […]

(Zur Auslegung des Art. 34 EnG mit Blick auf die Frage, ob die Bestimmung die Erstattung von Betriebs- und Unterhaltskosten einer Sanierungsmassnahme vorsieht:)

5.4.

Der **Wortlaut** von Art. 34 EnG sieht vor, dass dem Inhaber einer Wasserkraftanlage "die vollständigen Kosten für die Massnahmen nach" Art. 83a GSchG oder Art. 10 BGF "zu erstatten" sind. […] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verankert der Gesetzestext den Grundsatz der vollständigen Kostenerstattung (vgl. Urteil 2C_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.2.1). Allerdings ist der Wortlaut der Norm nur mit Blick auf den Grundsatz klar. […] Dem Begriff der "Massnahmen" respektive der Sanierungsmassnahmen im Sinne von Art. 83a GSchG oder Art. 10 BGF ist eine gewisse Einmaligkeit inhärent. Nachdem die "Massnahmen" respektive Sanierungsmassnahmen ergriffen und umgesetzt wurden, gilt eine Anlage als saniert. Der Betrieb und Unterhalt einer sanierten Anlage lässt sich sprachlich vom vorgängigen Sanierungsvorgang ohne Weiteres trennen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, die Betriebs- und Unterhaltskosten nicht mehr als "Kosten für die Massnahmen nach" Art. 83a GSchG oder Art. 10 BGF zu betrachten. Der Normtext lässt nach dem Gesagten verschiedene Interpretationen zu.

5.5.

Die **systematische Auslegung** bedarf zunächst einer Betrachtung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit und seiner Bedeutung bei der Subventionsgewährung und alsdann einer Darlegung der Stellung von Art. 34 EnG im Kontext von Art. 83a GSchG sowie Art. 10 BGF.

5.5.1.

[…] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 BV bedarf es bei regelmässig wiederkehrenden staatlichen Leistungen für den sachgerechten und rechtsstaatlich befriedigenden Einsatz der Mittel meist einer spezialgesetzlichen Normierung, welche Voraussetzungen und Zweck dieser Leistungen detailliert umschreibt. Dies gilt insbesondere für Sozialleistungen und Subventionen (vgl. BGE 134 I 313 E. 5.4; 118 Ia 46 E. 5b; Urteil 2C_358/2023 vom 5. April 2024 E. 4.3). Da es sich bei der Entschädigung gemäss Art. 34 EnG um eine Subvention handelt […], ist diese Rechtsprechung einschlägig. Demzufolge gilt ohne anderweitige ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Einmaligkeit der Subventionsgewährung als übergeordneter Grundsatz, der bei der (verfassungskonformen) Auslegung von Art. 34 EnG zu berücksichtigen ist. Vorliegend regelt Art. 34 EnG nicht den Umgang mit wiederkehrenden Entschädigungen, was aus systematischer Sicht gegen die Erstattung unbefristet wiederkehrender Betriebs- und Unterhaltskosten spricht.

5.5.2.

Im Weiteren verweist der auszulegende Art. 34 EnG auf Art. 83a GschG sowie Art. 10 BGF. […] Die vollständige Kostenerstattung gemäss Art. 34 EnG bildet ein Gegengewicht zur gesetzlichen Pflicht, die erforderlichen Sanierungsmassnahmen nach Art. 83a GschG innert 20 Jahren nach dessen Inkrafttreten durchzuführen (vgl. Urteil 2C 116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.4.). Vor diesem Hintergrund kommt Art. 34 EnG unter systematischen Gesichtspunkten nur solange eine Bedeutung zu, als die Wasserkraftwerke noch nicht […] saniert sind. Dieser Umstand spricht ebenfalls für eine zeitliche Befristung respektive für die Einmaligkeit der Subventionsgewährung zwecks Planung der Sanierung sowie Erstellung der baulichen Massnahmen und gegen die Erstattung unbefristet wiederkehrender Betriebs- und Unterhaltskosten.

5.6.

Wie das Bundesgericht bereits ausführlich dargelegt hat, ergibt sich aus der **historischen Auslegung** der Norm, dass der in Art. 34 EnG verankerte Grundsatz der vollständigen Kostenerstattung nach dem Willen des Bundesgesetzgebers insbesondere auf den Schutz wohlerworbener Rechte abzielt. […]

5.6.1.

[…] Aus [den Erläuterungen im Bericht der UREK-S, S. 8055] ergibt sich klar, dass der Gesetzgeber vor allem die Kosten für die "Planung und Umsetzung der Massnahmen" vor Augen hatte, als er den Gesetzestext entwickelte – mithin die Kosten des eigentlichen Sanierungsvorgangs. Ausserdem ging der Gesetzgeber davon aus, dass zu einem bestimmten künftigen Zeitpunkt sämtliche Wasserkraftwerke saniert sind, sodass keine Kosten mehr anfallen.

5.6.2.

[…] Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ergibt sich aus der historischen Auslegung dagegen nicht, dass der Gesetzgeber mit den (im Bericht der UREK-S erwähnten) "über die 20 Jahre hinaus" entstehenden Kosten die auf unbestimmte Zeit wiederkehrenden Betriebs- und Unterhaltskosten gemeint habe. Folglich sind auch unter einem historischen

Blickwinkel keine Anhaltspunkte zu erkennen, wonach es sich bei den Betriebs- und Unterhaltskosten um Kosten im Sinne von Art. 34 EnG handelt.

5.7.

[…] **Sinn und Zweck** von Art. 34 EnG ist eine zeitnahe Durchführung der Sanierungsmassnahmen, um den (gewässerschutz-) gesetzeskonformen Zustand der Wasserkraftwerke herzustellen und damit der nach wie vor unbefriedigenden Situation in den verschiedenen Bereichen des Gewässerschutzes möglichst umgehend Rechnung zu tragen (vgl. Urteil 2C_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.4 mit Hinweis auf die Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Volksinitiative "Lebendiges Wasser [Renaturierungs-Initiative]", BBl 2007 5511 ff., S. 5519). […] Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber neben dem eigentlichen Sanierungsvorgang beabsichtigte, auch die Kosten für den Erhalt des gesetzeskonformen Zustands zu übernehmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese Aufgabe den Betreiberinnen der Wasserkraftwerke obliegt und einen Aspekt der gesetzeskonformen Ausübung der Konzessionstätigkeit darstellt.

5.8.

Im Ergebnis ist die vorinstanzliche Auslegung von Art. 34 EnG nicht zu beanstanden. Unter Berücksichtigung sämtlicher Auslegungselemente ergibt sich, dass die Betriebs- und Unterhaltskosten nicht als "Kosten für die Massnahmen nach" Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF gelten. Unter "Kosten" im Sinne von Art. 34 EnG sind nur diejenigen Kosten zu verstehen, die durch den eigentlichen Sanierungsvorgang selbst entstehen. Bei baulichen Massnahmen trifft dies jedenfalls auf die **Planungs- und Erstellungskosten** zu, nicht aber auf die nach der Umsetzung der Massnahme wiederkehrend anfallenden Betriebs- und Unterhaltskosten. […]

7.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

<u>Bemerkungen:</u>

Das Bundesgericht klärte in seinem neuen Leiturteil zentrale Fragen im Zusammenhang mit der Entschädigung für Sanierungsmassnahmen bei Wasserkraftanlagen. Dabei wurden insbesondere der Begriff des «Einvernehmens» nach Art. 62 Abs. 2 EnG sowie die Frage der auf Art. 34 EnG gestützten Erstattung von wiederkehrenden Betriebs- und Unterhaltskosten im Rahmen von Sanierungen erörtert.

Das Leiturteil des Bundesgerichts hält fest, dass wiederkehrende Betriebs- und Unterhaltskosten, die im Zusammenhang mit umgesetzten Sanierungsmassnahmen anfallen, nicht als erstattbare «Kosten für die Massnahmen» im Sinne des Art. 34 EnG gelten. Zu erstatten sind entsprechend nur diejenigen Kosten, die durch den Sanierungsvorgang selbst entstehen. Das Leiturteil des Bundesgerichts ist insofern nachvollziehbar, als es im Einklang mit dem Ziel des Gesetzgebers liegt, eine einmalige Förderung von Sanierungsmassnahmen zu gewährleisten und dabei nicht für langfristig wiederkehrende Kosten aufzukommen.

Darüber hinaus stellte das Bundesgericht klar, dass der Begriff des "Einvernehmens" in Art. 62 Abs. 2 EnG nicht im Sinne eines formellen Einverständnisses des betroffenen Kantons zu verstehen ist. Die Ausübung der Verfügungskompetenz des BAFU im Rahmen von Art. 62 Abs. 2 EnG erfordert demnach kein Einverständnis des betroffenen Kantons, sondern lediglich eine Koordination mit Letzterem.

(Beitrag von MLaw Paloma Steffen)

Zürich, 17. März 2025