

Regierungsratsbeschluss

vom 3. Juli 2012

Nr. 2012/1516

Biberist/Derendingen/Luterbach: Restwassersanierung am Unterlauf der Emme

1. Ausgangslage

Mittels des Wehrs in Biberist, gelegen unmittelbar unterhalb der Kantonsstrassenbrücke, wird der Emme zur Speisung des Emmenkanals Wasser entnommen. Am in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in zwei Etappen erbauten, parallel zur Emme verlaufenden und in Luterbach direkt in die Aare mündenden Kanal werden heute vier Kleinwasserkraftwerke betrieben. Die Kraftwerksbetreiber sind in der Emmenkanal-Gesellschaft zusammengeschlossen, welche auch das Wehr betreibt. Die der Emme zur Speisung des Kanals entnommene Wassermenge beträgt bis zu 14 m³/sec, derweil die Restwasserstrecke heute bloss mit mindestens 1 m³/sec dotiert wird.

Nach Art. 80 ff. des eidg. Gewässerschutzgesetzes (GSchG; SR 814.20) sind durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusste Fliessgewässer zu sanieren, wobei die Sanierungen bis spätestens Ende des Jahres 2012 abgeschlossen sein müssen (vgl. Art. 81 Abs. 2 GSchG). Art. 10 des Bundesgesetzes über die Fischerei (BGF; SR 923.0) gebietet Massnahmen zur Wiederherstellung der freien Fischwanderung.

Im Frühjahr 2010 hat das Bau- und Justizdepartement (BJD) eine Delegation der Emmenkanal-Gesellschaft über die anstehende Restwassersanierung am Unterlauf der Emme orientiert, deren Anliegen in der Sache entgegengenommen und eine erste Diskussion geführt.

2. Erwägungen

2.1 Rechtliche Grundlagen und Zuständigkeit

Nach Art. 80 Abs. 1 GSchG müssen Fliessgewässer, die durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst werden, unterhalb der Entnahmestellen nach den Anordnungen der Behörde so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Gemäss Absatz 2 der genannten Gesetzesbestimmung ordnet die Behörde weitergehende Sanierungsmassnahmen an, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind, oder wenn dies andere überwiegende öffentliche Interessen fordern. Steht eine Entschädigungspflicht zur Diskussion, so richtet sich das Verfahren zur Feststellung von Bestand und Umfang nach eidg. Enteignungsrecht. Parallel zum GSchG - und unabhängig davon - stellt auch Art. 10 BGF Sanierungsvorschriften auf.

Zuständig für die Belange des Gewässerschutzes ist das BJD [vgl. § 80 des Gesetzes über Wasser, Boden und Abfall (GWBA; BGS 712.15)]. Da vorliegend gleichzeitig und untrennbar über Rechtsfragen zu befinden ist, deren Beurteilung dem Regierungsrat obliegt (so rund um die umstrittene Rechtsnatur der von der Emmenkanal-Gesellschaft betriebenen Gewässernutzung und die Voraussetzungen und Folgen der Schmälerung des entsprechenden Rechts), befindet der Regierungsrat - aus Gründen der formellen und materiellen Koordination - auch über die gewässerschutzrechtliche Frage.

2.2 Verfahren

Im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs hat das BJD der Emmenkanal-Gesellschaft mit Schreiben vom 20. Dezember 2010 die zu treffen vorgesehenen Massnahmen inklusive zugehöriger Begründung zur Kenntnis gebracht und sie zur Stellungnahme eingeladen. Im Wesentlichen hat das BJD eine saisonal abgestufte Erhöhung der minimalen Dotierwassermenge in Aussicht gestellt, ferner - als zweiten Schritt - auch die Forderung nach baulichen Massnahmen am Wehr zur Wiederherstellung der Voraussetzungen der Fischwanderung. Dabei hat das BJD die Ansicht vertreten, die Gewässernutzung durch die Emmenkanal-Gesellschaft beruhe - anders als von dieser beteuert - nicht auf einem ehehaften Recht, sondern vielmehr auf einer nachträglich zu befristenden Konzession. Eine durch diese Massnahmen ausgelöste Entschädigungspflicht des Kantons hat das Departement als unwahrscheinlich beurteilt.

Die Stellungnahme der Emmenkanal-Gesellschaft datiert vom 29. März 2011. Unter Bezugnahme auf einen Schiedsspruch von Prof. Peter Liver aus dem Jahre 1976 bekräftigt die Gesellschaft ihre Sichtweise, wonach die von ihr geübte Gewässernutzung auf einem ehehaften - also privaten - Recht beruht. Bei der vom Regierungsrat im Jahr 1859 ihrer Rechtsvorgängerin (Baugesellschaft Locher & Comp., Zürich) erteilten „Konzession“ handele es sich nicht um eine Verleihung von Wasserrechten, sondern bloss um eine gewerbe- bzw. wasserbaupolizeiliche Bewilligung. Dies deshalb, weil dem Kanton damals noch kein Wasserrechtsregal zugestanden habe. Ein solches habe der Kanton Solothurn erst im Gesetz über die Rechte am Wasser vom 27. September 1959 (WRG; ehemals BGS 712.11) in Anspruch genommen. Angesichts seines privaten (ehehaften) Charakters gelte das von ihr ausgeübte Wassernutzungsrecht zeitlich unbeschränkt, könne nicht nachträglich befristet und auch sonst nicht geschmälert werden. Vielmehr stehe es unter dem Schutz der Eigentumsgarantie, könne folglich nur auf dem Wege der Enteignung abgelöst werden. Entschädigungsbegründende Eingriffe, wozu - weil die Substanz des ehehaften Rechts tangierend - auch die in Aussicht gestellte Erhöhung der Dotierwassermenge zu zählen wäre, würden von Art. 80 Abs. 1 GSchG aber gerade ausgeschlossen. Finanziellen Forderungen des Kantons im Zusammenhang mit den ebenfalls in Aussicht gestellten baulichen Massnahmen zur Wiederherstellung der Fischgängigkeit schliesslich stünde zusätzlich ein Vergleich mit dem Kanton aus dem Jahr 1997 entgegen. Aus diesen Gründen sei von einem Antrag an den Regierungsrat betreffend Aufhebung der „Konzession“ aus dem Jahr 1859/1862 abzusehen und auf die Erhöhung der Dotierwassermenge zu verzichten. Die Kosten allfälliger baulicher Massnahmen zur Gewährleistung der Fischwanderung seien vom Staat zu tragen.

Anlässlich eines Treffens vom 16. November 2011 haben Vertreter des BJD/Amt für Umwelt eine Delegation der Emmenkanal-Gesellschaft über das vorgesehene weitere Vorgehen informiert.

2.3 Konzession oder ehehaftes Recht?

2.3.1 Ehehafte Rechte

Als ehehaft gelten Rechte, die unter der Herrschaft des Zivilrechts (als Privatrechte) rechtsgültig begründet worden sind, und zwar an später öffentlich erklärten Sachen (so auch § 9 Abs. 1 GWBA). Sie sind mit andern Worten unter einem früheren rechtlichen Regime entstanden und könnten heute nicht mehr in derselben Weise begründet werden. Sie wurden zeitlich unbeschränkt eingeräumt, und ihre Ausübung ist unentgeltlich (vgl. etwa Jsabelle Blunschy Scheidegger, Kommentar zum bernischen Wassernutzungsgesetz, Bern 2003). Ehehafte Rechte geniessen den Schutz der Eigentumsgarantie (vgl. diesbezüglich auch § 9 Abs. 2 GWBA).

2.3.2 Regierungsratsbeschlüsse (RRB) vom 6. April 1859 und 3. August 1862

Rechtliche Grundlage der Wasserentnahme aus der Emme in Biberist durch die Emmenkanal-Gesellschaft bilden die "Konzession" des Regierungsrates vom 6. April 1859 (RRB Nr. 1859/641) und

der Nachtrag dazu vom 3. August 1862 (RRB Nr. 1862/1784), damals erteilt der "Baugesellschaft Locher & Comp., in Zürich" und unter anderem beinhaltend die Einräumung des Rechts, "... mittelst des bei Biberist zu erstellenden Wehres soviel Wasser aus der Emme in ihren Gewerbekanal zu leiten, als ihnen beliebt ..." (vgl. RRB Nr. 1862/1784, Ziff. 1). Dabei figuriert/figurieren die Kanalgesellschaft (einfache Gesellschaft) respektive die einzelnen Gesellschafterinnen als Rechtsnachfolgerin(nen) der Baugesellschaft Locher & Comp.

Vor dem Hintergrund der Definition der ehehaften Rechte (vgl. soeben vorstehend) steht die Frage im Zentrum, welches der rechtliche Status der Emme im Zeitpunkt des Ergehens der beiden Regierungsratsbeschlüsse war. Der RRB vom 6. April 1859 bezieht sich explizit auf das kurz zuvor (am 1. Oktober 1858) in Kraft getretene "Gesetz über Unterhalt und Korrektur der Gewässer und Austrocknung von Mösern und anderem Land" vom 4. Juni 1858 („In Anwendung von § 7 des Gesetzes vom 4. Juni 1858 ... sei der Baugesellschaft Locher & Cie, in Zürich, ..."), und dessen § 1 lautete (bereits in der Urfassung) wie folgt: „Als öffentliche Gewässer gelten: a) alle Flüsse (...); b) diejenigen Bäche, welche nicht erweisliches Eigenthum Dritter sind.“ Daraus folgt, dass im Kanton Solothurn ehehafte Rechte an Flüssen - und mithin auch an der Emme - längstens bis Ende September 1858 entstanden sein können.

Wenn eine Sache öffentlich ist, steht dem zuständigen Gemeinwesen - vorliegend dem Kanton - sachlogisch auch das (exklusive) Verfügungsrecht über diese zu. Es kann deshalb aus dem Umstand, dass die Konzessionierung der Wasserkraftnutzung vom kantonalen Gesetzgeber erst zu einem späteren Zeitpunkt - nach der (hier offen gelassenen) Sichtweise der Emmenkanal-Gesellschaft erst im Jahr 1959 - einlässlicher geregelt worden ist, nicht abgeleitet werden, der Kanton habe das Wasserrechtsregal erst zu diesem Zeitpunkt für sich in Anspruch genommen, weshalb auch nach dem 30. September 1858 noch ehehafte Rechte hätten begründet werden können. So kann die (diesbezüglich nicht nur beweisen-, sondern auch beweisführungsbelastete) Emmenkanal-Gesellschaft denn auch keinen auf die Existenz eines ehehaften Rechts (zur Nutzung der Wasserkraft respektive zur Wasserentnahme) hinweisenden privatrechtlichen Erwerbstitel vorweisen. Ferner haben ihre Gesellschafter - bis hin zur gesetzlichen Befreiung [vgl. § 2 Abs. 2 der früheren kantonsrätlichen Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses (ehemals BGS 712.571) und heute Art. 49 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG_{Bund}, SR 721.80)] - auch Wasserzinse geleistet.

Im von der Emmenkanal-Gesellschaft als Beweismittel angerufenen Schiedsspruch aus dem Jahr 1976 (in Sachen Emmenkanal-Gesellschaft gegen Von Roll AG) ist Prof. Liver - in Abweichung zur vorstehend vertretenen Sichtweise - zwar zum Befund gelangt, bei der „Konzession“ vom 6. April 1959 handle es sich nicht um eine Konzession im Sinne des heutigen Verständnisses, sondern vielmehr um „... die wasserbaupolizeiliche Bewilligung zum Bau des Gewerbekanals mit dem Wasserfallrecht an der Emme.“ Sie sei „... ausserdem eine Gewerbebewilligung, die gegen eine Nutzungsgebühr als Gewerbetaxe für die Nutzung des Wasserfallrechtes erteilt ...“ worden sei (vgl. a.a.O., S. 23 f.). Dies, weil der Kanton Solothurn mit dem Gesetz vom 4. Juni 1858, welches ein Wasserbau- und nicht ein Wasserrechtsgesetz gewesen sei, das Verfügungsrecht über die Wasserkräfte der Seen, Flüsse und Bäche noch nicht für sich in Anspruch genommen habe. Dieser Schritt sei erst mit dem WRG vom 27. September 1959 vollzogen worden (vgl. a.a.O., S. 22). So sei das „... Wasserrechtsregal, auf Grund dessen Wassernutzungsrechte gegen Entgelt (Grundzinse) verliehen ...“ würden, in der Helvetik - soweit es damals überhaupt bereits bestanden habe - aufgehoben worden und während des ganzen 19. Jahrhunderts beseitigt geblieben (vgl. a.a.O., S. 19).

Letztlich kann die Frage „Konzession im engeren Sinn“, d. h. im Sinne des heutigen Begriffsverständnisses, oder aber „wasserbaupolizeiliche und Gewerbebewilligung mit Nutzungsgebühr als Gewerbetaxe“ - weil eher sophistisch und vom Ausgang her auch nicht relevant - offen gelassen werden. So oder anders liegt nämlich sicher kein ehehaftes Recht vor.

2.4 Dauer der „Konzession“ von 1859/1862 - nachträgliche Befristung

Auch altrechtlich - d. h. vor dem 25. Oktober 1908 - erteilte Konzessionen, welche der Befristung von Art. 58 WRG_{Bund} nicht unterliegen (vgl. Art. 74 Abs. 2 WRG), können nach heutiger Rechtsauffassung nicht zeitlich unbeschränkt gelten. Es besteht ein grosses öffentliches Interesse, Sondernutzungskonzessionen nicht auf unbeschränkte Dauer zu erteilen respektive erteilt zu lassen. Etwas anderes liefe darauf hinaus, dass sich das Gemeinwesen der Gewässerhoheit, welche es im 19. Jahrhundert gerade erst in Anspruch genommen hat, sukzessive wieder entäussern würde bzw. entäussert hätte. „Die öffentlichen Gewässer sind öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Dieser Zweckbestimmung werden sie durch ein Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Wasserlauf entfremdet (...). Das Gemeinwesen muss deshalb von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die Sondernutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht. Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Recht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist (...)“ (vgl. BGE 127 II 69 ff., S. 74 f.). Kennt eine altrechtlich erteilte Konzession keine zeitliche Beschränkung, ist ihre Dauer nachträglich zu beschränken, d. h. durch richterliche Lückenfüllung zu bestimmen (vgl. a.a.O., S. 78, Erw. 5b am Ende).

Die vorliegend interessierende „Konzession“ aus den Jahren 1859/1862 sieht noch keine Befristung vor, gilt also grundsätzlich zeitlich unbegrenzt. Sie ist deshalb nachträglich zu befristen. Dabei bietet sich - wie bereits im Schreiben des BJD vom 20. Dezember 2010 dargelegt - der vorstehend erwähnte höchstrichterliche Entscheid zum Vergleich mehr als nur an. Die Sachverhalte sind weitgehend identisch. Insbesondere wurde auch die vom Bundesgericht zu beurteilende Konzession zu einem Zeitpunkt erteilt, da ein eigentliches kantonales Wassernutzungsgesetz noch fehlte. Sie datiert vom 16. Februar 1866, derweil das sanktgallische Gesetz über die Benutzung von Gewässern erst am 23. November 1893 erlassen worden ist. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid explizit festgehalten, dass es ein wohl erworbenes Recht auf eine Konzession ohne zeitliche Beschränkung („dauerhafte Sondernutzung“) nicht geben könne (vgl. a.a.O., S. 77), und es hat die Aufhebung der Konzession nach 134 Jahren unter Einhaltung einer Übergangsfrist von fünfeinhalb Jahren (ab Ergehen der erstinstanzlichen Verfügung) als rechtmässig erkannt.

Vorliegend - nämlich in Anlehnung an Art. 58a Abs. 2 WRG und im Sinne eines Entgegenkommens - erachtet der Regierungsrat eine Übergangsfrist von zehneinhalb Jahren (Konzessionsende am 31. Dezember 2022) als angemessen.

2.5 Gegenstand der „Konzession“ / Neukonzessionierung

Im Zusammenhang mit der nachträglichen Befristung von zentraler Bedeutung ist die Frage, was zum Gegenstand der Konzession gehört und folglich deren rechtliches Schicksal teilt (vgl. dazu bereits das Schreiben des BJD vom 20. Dezember 2012, S. 3 lit. b). Es sind dies das Recht zur Wasserentnahme aus der Emme als solches, die der Ausübung dieses Rechts dienende Wehranlage im öffentlichen Gewässerareal der Emme und allfällige weitere auf öffentlichem Grund des Kantons liegende bauliche Einrichtungen auf der Kanalstrecke zwischen Biberist und der Mündung in die Aare.

Sollen die Anlagen über das Jahr 2022 hinaus betrieben werden, bedarf es zwingend der Erneuerung der Konzession nach Massgabe des dann zumal geltenden Rechts, und zwar spätestens per 1. Januar 2023. Aus diesem Grunde, aber auch angesichts der Komplexität des diesbezüglich anstehenden Verfahrens und wegen des möglichen Koordinationsbedarfes mit den vom Kanton für die nächsten Jahre am Unterlauf der Emme vorgesehenen Hochwasserschutz- und Revitalisierungsmassnahmen, erscheint es als angezeigt, entsprechende Verhandlungen beförderlich aufzunehmen. Dabei steht der Regierungsrat einem Weiterbetrieb der vier Kraftwerke grundsätzlich positiv gegenüber. Dies vor allem deshalb, weil es Sinn macht, eine bereits bestehende

Anlage zur Gewinnung erneuerbarer Energie weiter zu betreiben. Sollte eine Neukonzessionierung hingegen nicht zustande kommen, wären die auf öffentlichem Grund des Kantons liegenden Anlagenteile - vorab die Wehranlage in Biberist - von der Konzessionärin der-einst nach Absprache mit den zuständigen kantonalen Behörden rückzubauen (vgl. § 65 GWBA).

2.6 Neues Dotierwasserregime ab 1. September 2012

Bereits für die verbleibende Laufzeit der aktuellen Konzession ist die minimale Dotierwassermenge neu festzulegen. Darin liegt das Wesen der Sanierung. Die Voraussetzung, dass das betroffene Fliessgewässer durch die Wasserentnahme *wesentlich* beeinflusst wird (vgl. Art. 80 Abs. 1 GSchG), ist vorliegend zweifellos erfüllt. So ist von einer wesentlichen Beeinflussung dann auszugehen, wenn die verbleibende Wassermenge den Anforderungen nach Art. 31 ff. GSchG nicht genügt. Die durchschnittliche Abflussmenge Q_{347} der Emme beträgt bei der Entnahmestelle 6,73 m³/sec, woraus sich bereits aus Art. 31 Abs. 1 GSchG - dem Grundtatbestand - eine minimale Restwassermenge von 1,8 m³/sec ergibt. Derweil beträgt die minimal gewährleistete Dotierwassermenge, offenbar beruhend auf einer Vereinbarung aus den 50er-Jahren des letzten Jahrhunderts, heute bloss 1,0 m³/sec.

Der gestützt auf Art. 82 Abs. 2 GSchG i.V.m. Art. 38 Gewässerschutzverordnung (GSchV; SR 814.201) im Auftrag des BJD erstellte, vom 15. Dezember 2010 datierende und unter anderem auf Dotierversuchen beruhende Sanierungsbericht "Wasserentnahme aus der Emme in Biberist" der Aquatica GmbH, welcher der Emmenkanal-Gesellschaft vom BJD am 20. Dezember 2010 überlassen worden ist, gelangt zum Resultat, dass - aus gewässerökologischer Sicht - eine saisonal abgestufte Erhöhung der Dotierwassermenge von aktuell 1,0 m³/sec auf 1,8 m³/sec (Monate September bis April) bzw. 3,4 m³/sec (Monate Mai bis August) einer Minimalforderung entspricht. Daneben wird im Bericht - unter Bezugnahme auf Art. 10 BGF - zur Gewährleistung der Fischwanderung im Bereich des Wehrs ein (naturnahes) Umgehungsgerinne bzw. zumindest ein Fischpass gefordert.

Anlässlich des Treffens vom 16. November 2011 (vgl. oben Ziff. 2.2 am Ende) haben die Vertreter des BJD unter anderem in Aussicht gestellt, die vom Bericht der Aquatica GmbH vorgeschlagene Sommer-Dotierung (von 3,4 m³/sec) nochmals vertieft zu überprüfen. Diese Überprüfung hat zwischenzeitlich stattgefunden. Sie hat ergeben, dass die Dotierwassermenge für die Monate Mai bis August auf 2,5 m³/sec festgelegt werden kann. Dieser Wert hat den Charakter eines „Vergleichs“. Er impliziert die grösstmögliche Berücksichtigung der Interessen der Emmenkanal-Gesellschaft (und ihrer Gesellschafterinnen) an der Gewässernutzung und basiert auf der Überzeugung, dass der Sache (Gewässerschutz) mehr gedient ist, wenn das für die restliche Laufzeit der Konzession geltende Dotierregime schnell rechtsverbindlich wird. Entsprechend stellt der Wert von 2,5 m³/sec nicht nur das absolute, nicht weiter verhandelbare Minimum dar, sondern er steht auch unter dem Vorbehalt (Bedingung), dass er seitens der Verfügungsadressatin(nen) unangefochten bleibt; ansonsten gilt 3,4 m³/sec. Damit ist die Restwasserstrecke ab 1. September 2012 wie folgt zu dotieren: September bis April: 1,8 m³/sec; Mai bis August: 2,5 m³/sec (sofern unangefochten bleibend).

2.7 Herstellung der Fischgängigkeit beim Wehr und im Kanal selbst

Art. 9 Abs. 1 BGF bestimmt, dass bei technischen Eingriffen in Gewässer insbesondere auch Massnahmen zu treffen sind, welche die freie Fischwanderung sicherstellen (vgl. a.a.O., lit. b). Nach Art. 10 BGF - einer Sanierungsvorschrift - sorgen die Kantone dafür, dass die Massnahmen nach Art. 9 Abs. 1 auch bei bestehenden Anlagen getroffen werden, soweit sie wirtschaftlich tragbar sind.

Heute stellt das Wehr in Biberist ein unüberwindbares Hindernis für den Fischeaufstieg in der Emme dar. Es ist deshalb zu prüfen, welche technischen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, diesen Mangel zu beheben, und wie es um die Zumutbarkeit von deren Umsetzung steht. Das-

selbe gilt mit Bezug auf den Kanal, der ebenfalls ein Fischgewässer im Sinne des eidgenössischen und kantonalen Fischereirechts darstellt.

Die Fragen der Fischgängigkeit bedürfen noch vertiefter Abklärungen. Gleichzeitig stehen sie nicht in einem zwingenden sachlichen Zusammenhang mit der Restwasserfrage. Ihre Beurteilung kann deshalb in eine separate Verfügung verwiesen werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass auch auf die Wiederherstellung der Fischgängigkeit beim Wehr gerichtete bauliche Vorkehren mit jenen des Kantons in Sachen Hochwasserschutz und Revitalisierung im Unterlauf der Emme (vgl. dazu vorstehend Ziff. 2.5) zu koordinieren wären.

2.8 Entschädigung

Über die Entschädigungsfrage ist nicht im vorliegenden Beschluss zu befinden, und der Entscheid darüber fällt auch nicht in die Zuständigkeit des Regierungsrates. Dessen ungeachtet sollen abschliessend ein paar Überlegungen dazu angestellt werden.

Art. 80 Abs. 1 GSchG, wonach von Wasserentnahmen wesentlich beeinflusste Fliessgewässer (nur) soweit zu sanieren sind, "... als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist", geht vom Bestand "wohlerworbener Rechte" aus. Als solche fallen - nebst durch Konzession verliehenen Nutzungsrechten (vgl. Art. 43 WRG) - auch ehehafte Wasserrechte in Betracht. Dass sich die Emmenkanal-Gesellschaft nicht auf ein ehehaftes Recht berufen kann, ist bereits dargelegt worden. Es bleibt demnach zu prüfen, ob mit der „Konzession“ aus den Jahren 1859/1862 ein wohlerworbenes Recht begründet worden ist und - wenn ja - ob die vorgesehene Erhöhung der minimalen Dotierwassermenge einen entschädigungspflichtigen Eingriff in dieses darstellt.

Das WRG, nach dessen Art. 43 Abs. 1 die "... Konzession ... dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benützung des Gewässers ..." verschafft, stammt aus dem Jahr 1916 und trat am 1. Januar 1918 in Kraft. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 74 Abs. 2 sind seine Bestimmungen über die Verleihung von Wasserrechten (d. h. die Art. 38 ff.) auf solche Rechte, die vor dem 25. Oktober 1908 begründet worden sind, grundsätzlich nicht anwendbar, und Art. 43 figuriert nicht als Ausnahme. Damit lässt sich aus diesem Gesetz - die vorliegend interessierende altrechtliche „Konzession“ betreffend - kein wohlerworbenes Recht ableiten. Ebensowenig ist gestützt auf die allgemeinen Lehrsätze zum Institut der Konzession darauf zu schliessen, es sei mit den Regierungsratsbeschlüssen aus den Jahren 1859/1862 ein wohlerworbenes Wassernutzungsrecht begründet worden.

Aber selbst bei Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts (zur Wasserentnahme) wäre eine Entschädigungspflicht unwahrscheinlich. Dies, weil nicht jeglicher Eingriff in ein solches Recht entschädigungspflichtig ist. Es sind dies nur Eingriffe, welche das Recht "in seiner Substanz" tangieren. Massgebendes Kriterium ist dabei - so das Bundesgericht -, ob der Eingriff wirtschaftlich "tragbar" (vgl. BGE 107 Ib 150, Ilanz I) respektive "zumutbar" (vgl. BGE 110 Ib 165, Ilanz II) ist. Dies wiederum ist im konkreten Einzelfall aufgrund der spezifischen Gegebenheiten zu beurteilen. Einen generellen Massstab (Schwelle) - etwa in Form eines fixen Prozentsatzes an Ertragseinbusse - gibt es nicht. Vorliegend dürften - nebst dem prognostizierten Umfang der mit dem neuen Dotierregime einhergehenden Produktions-/Ertragseinbusse - die bereits lange Nutzungsdauer und die damit zusammenhängende Amortisationslage von ausschlaggebender Bedeutung sein.

3. **Beschluss**

3.1 Das mit den Regierungsratsbeschlüssen Nrn. 641 vom 6. April 1859 („Conzession“) und 1784 vom 3. August 1862 der „Baugesellschaft Locher & Comp., in Zürich“ unter anderem erteilte und zwischenzeitlich auf die Emmenkanal-Gesellschaft übergegangene Recht, in Biberist in der Emme ein Wehr zu erstellen und mittels desselben nach Belieben Wasser in ihren Gewerbekanal abzuleiten, wird per Ende des Jahres 2022 aufgehoben.

3.2 Ab 1. September 2012 ist die Restwasserstrecke der Emme beim Wehr in Biberist wie folgt zu dotieren: September bis April: mit 1,8 m³/sec; Mai bis August: mit 2,5 m³/sec.

Die für die Sommermonate (Mai bis August) festgesetzte Menge von 2,5 m³/sec steht unter der Bedingung, dass sie in einem allfälligen Rechtmittelverfahren seitens der Verfügungsadressatin(nen) unangefochten bleibt. Wird sie angefochten, gelten automatisch 3,4 m³/sec als verfügt.

3.3 Die Einhaltung der Dotierwassermengen nach Ziffer 3.2 ist mittels Messungen lückenlos nachzuweisen (vgl. Art. 36 Abs. 1 GSchG). Die aufgezeichneten Messergebnisse sind dem Amt für Umwelt unaufgefordert jeweils Anfang Mai und Anfang September für die abgelaufene Periode zur Kenntnis zu bringen.

3.4 Über die Herstellung bzw. Wiederherstellung der Fischgängigkeit wird mit separater Verfügung befunden.

3.5 Gestützt auf §§ 55 lit. a und 56^{quater} lit. b Gebührentarif (GT; BGS 615.11) werden der Emmenkanal-Gesellschaft Verfahrenskosten von Fr. 1'200.00 auferlegt. Die vier Gesellschafterinnen, welchen dieser Beschluss ebenfalls förmlich zu eröffnen ist (vgl. Verteiler), haften mit der Gesellschaft solidarisch (§ 12 GT).



Andreas Eng
Staatsschreiber

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innert 10 Tagen Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn eingereicht werden. Die Beschwerde hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten.

Kostenrechnung**Emmenkanal-Gesellschaft, c/o ADEV****Energiegenossenschaft, Kasernenstrasse 63, 4410 Liestal**

(v.d. Fürsprecher Urs Schmid, 4503 Solothurn)

Entscheidunggebühr: Fr. 1'200.00 (KA 4210001 / A 80056)Zahlungsart: Mit Rechnung, zahlbar innert 30 Tagen
Rechnungsstellung durch Amt für Umwelt**Verteiler**

Bau- und Justizdepartement

Bau- und Justizdepartement (br)

Bau- und Justizdepartement, Rechtsdienst (re)

Amt für Umwelt (Wue, RD) (2)

Amt für Umwelt, Rechnungsführung, mit der Bitte um Rechnungsstellung gemäss Kostenrechnung p.Adr. Fürsprecher Urs Schmid, Weissensteinstrasse 71, 4503 Solothurn

Volkswirtschaftsdepartement

Amt für Wald, Jagd und Fischerei, St. Gerster

Amt für Raumplanung, M. Schmid und J. Lüthy (2)

Einwohnergemeinde Biberist, Bernstrasse 4, Postfach 216, 4562 Biberist (zur Orientierung)

Einwohnergemeinde Derendingen, Hauptstrasse 43, Postfach 51, 4552 Derendingen (zur Orientierung)

Einwohnergemeinde Luterbach, Hauptstrasse 20, Postfach 148, 4542 Luterbach (zur Orientierung)

Fürsprecher Urs Schmid, Weissensteinstrasse 71, Postfach 446, 4503 Solothurn (mit Rechnung, folgt separat durch das Amt für Umwelt) **(Einschreiben)**Sappi Schweiz AG, Fabrikstrasse 4, 4562 Biberist **(Einschreiben)**Emmenhof Immobilien AG, Emmenhofstrasse 4, 4552 Derendingen **(Einschreiben)**ADEV Energiegenossenschaft, Kasernenstrasse 63, Postfach 550, 4410 Liestal **(Einschreiben)**Hydroelectra AG, Karl Völkerstrasse 2, 9435 Heerbrugg **(Einschreiben)**

Staatskanzlei zur Publikation im Amtsblatt (Regierungsrat: „Biberist/Derendingen/Luterbach: Restwassersanierung am Unterlauf der Emme.

Der Beschluss des Regierungsrates wird ab 6. Juli 2012 beim Bau- und Justizdepartement, Rötihof, Zimmer Nr. 116, 4509 Solothurn, zur Einsichtnahme aufgelegt.

Wer zur Beschwerdeführung berechtigt ist, kann innerhalb von 10 Tagen gegen den Entscheid des Regierungsrates beim kantonalen Verwaltungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen. Die Beschwerdeschrift ist mindestens im Doppel einzureichen und hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten (RRB vom 3. Juli 2012)“.)