



## Urteil vom 13. November 2017

---

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),  
Richter Jérôme Candrian,  
Richterin Christine Ackermann,  
Gerichtsschreiber Benjamin Kohle.

---

Parteien

**Kraftwerk Eglisau-Glattfelden AG,**  
Parkstrasse 23, 5400 Baden,  
vertreten durch lic. iur. Simon Kohler, Rechtsanwalt,  
chkp. ag Rechtsanwälte,  
Zürcherstrasse 8, 5620 Bremgarten AG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Kanton Schaffhausen,**  
Baudepartement, Beckenstube 7, 8200 Schaffhausen,  
Beschwerdegegner 1

**Kanton Zürich,**  
Baudirektion, Walcheplatz 2, Postfach, 8090 Zürich,  
Beschwerdegegner 2,

**Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr,  
Energie und Kommunikation UVEK,**  
Bundeshaus Nord, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Gesuch um Wasserzinsreduktion während der Bauzeit.

**Sachverhalt:****A.**

Die Axpo Power AG (vormals Nordostschweizerische Kraftwerke AG [NOK]) nutzen die Wasserkraft des Rheins bei Eglisau seit dem Jahr 1920 zur Erzeugung elektrischer Energie. Die Gewässerstrecke liegt im Gebiet mehrerer Kantone und berührt die Landesgrenze zu Deutschland. Die betreffende Konzession aus dem Jahr 1913 war für die Dauer von 80 Jahren erteilt worden.

Ab dem Jahr 1979 bemühte sich die Axpo Power AG um eine Erneuerung der Konzession für das Wasserkraftwerk bei Eglisau (nachfolgend: Wasserkraftwerk Eglisau) und untersuchte verschiedene Ausbauvarianten. Das schliesslich im Jahr 1997 eingereichte Konzessionsprojekt (nachfolgend: Konzessionsprojekt 1997) sah eine umfassende Erneuerung der bestehenden Energieerzeugungsanlagen, insbesondere durch den Ersatz der Turbinenlaufräder bei gleichzeitiger Erhöhung der nutzbaren Wassermenge von 400 m<sup>3</sup>/s auf 500 m<sup>3</sup>/s, vor. Damit sollte eine Steigerung der jährlichen Energieproduktion um rund 22 % erreicht werden und dies nach einer Umbauzeit von rund vier bis fünf Jahren.

**B.**

Am 16. Dezember 1998 erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) der Axpo Power AG zuhanden einer noch zu gründenden Aktiengesellschaft die nachgesuchte Konzession für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Eglisau (nachfolgend: Konzession). Die Konzession ist bis zum 31. Dezember 2049 befristet und wurde, nachdem das Bundesgericht eine gegen die Konzessionserteilung erhobene Beschwerde mit Urteil 1A.104/2001 vom 15. März 2002 abgewiesen hatte, auf den 1. April 2002 in Kraft gesetzt. Am 30. September 2002 wurde die Kraftwerk Eglisau-Glattfelden AG (nachfolgend: Konzessionärin) als 100%-ige Tochtergesellschaft der Axpo Power AG gegründet und es wurden dieser sämtliche Rechte und Pflichten aus der Konzession übertragen.

Die Konzession berechtigt dazu, dem Oberwasser beim Wasserkraftwerk Eglisau rund 500 m<sup>3</sup>/s zu entnehmen und so die Wasserkraft des Rheins von Rhein-km 63.500 bis Rhein-km 78.650 zu nutzen, wobei die nutzbare Wasserkraft zu 61 % auf den Kanton Zürich, zu 31.8 % auf den Kanton Schaffhausen und zu 7.2 % auf das deutsche Land Baden-Württemberg fällt (Art. 1 und Art. 27 der Konzession). Die Konzessionärin hat den Kan-

tonen Zürich und Schaffhausen hierfür die einmalige Gebühr und den jährlichen Wasserzins gemäss der jeweiligen eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung zu entrichten. Sie ist zudem verpflichtet, das Wasserkraftwerk Eglisau innert zehn Jahren nach Inkraftsetzung der Konzession entsprechend dem Konzessionsprojekt 1997 zu erneuern und auszubauen (Art. 8 der Konzession). Die Konzession auferlegt zudem die Pflicht, die verfügbare Wasserkraft zu nutzen, und zwar durch Betrieb der bestehenden Anlagen bis zu einer nutzbaren Wassermenge von 400 m<sup>3</sup>/s und nach Ausführung der Massnahmen zur Erneuerung und zum Ausbau des Kraftwerks bis zu einer nutzbaren Wassermenge von 500 m<sup>3</sup>/s (Art. 10 Abs. 1 der Konzession).

### C.

Von Oktober 2008 bis Juni 2012 wurde das Wasserkraftwerk Eglisau erneuert und ausgebaut. Die Arbeiten betrafen im Wesentlichen den Umbau der Maschinengruppen und den Einbau neuer Turbinen, die Sanierung der Gebäudehülle sowie verschiedene Massnahmen zu Gunsten von Natur und Umwelt. Für die Erneuerung musste jede der insgesamt sieben Maschinengruppen für einen längeren Zeitraum ausser Betrieb genommen werden, so dass während dieser Zeit nur eine reduzierte Wasserkraftnutzung möglich war. Die Konzessionärin ersuchte in der Folge mit Schreiben vom 18. Mai 2010 die Kantone Zürich und Schaffhausen darum, den Wasserzins während der Bauzeit (nachträglich) herabzusetzen. Konkret wurde beantragt, den Wasserzins nur für die effektiv nutzbare Bruttoleistung zu erheben bzw. den Wasserzins im Verhältnis der erlittenen Produktionsverluste zum langjährigen Produktionsmittel zu reduzieren.

Die Baudirektion des Kantons Zürich wies das Gesuch der Konzessionärin um Herabsetzung des Wasserzinses mit Verfügung vom 12. Juli 2011 ab. Im anschliessenden Rechtsmittelverfahren war im Wesentlichen die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung des Gesuchs umstritten. Das Bundesgericht entschied mit Urteil 2C\_338/2013, dass in Fällen, in denen das UVEK die Konzession erteilt und damit die den Kantonen zustehenden Wasserzinsen festgelegt habe, es auch für den Entscheid über eine angeforderte Herabsetzung des Wasserzinses zuständig sei (Urteil des BGer 2C\_338/2013 vom 21. August 2013). Die Kantone Zürich und Schaffhausen überwiesen daraufhin die Gesuche vom 18. Mai 2010 dem UVEK zum Entscheid.

**D.**

Mit Verfügung vom 20. Oktober 2016 wies das UVEK das Gesuch der Konzessionärin vom 18. Mai 2010 um (nachträgliche) Herabsetzung des Wasserzinses ab.

Zur Begründung führte das UVEK zusammenfassend an, dass sich weder im Gesetz noch in der Verordnung eine Grundlage für die angebotene (nachträgliche) Herabsetzung des Wasserzinses finde. Zwar sei gesetzlich vorgeschrieben, dass während der Zeit, da die Frist für den Bau eines Wasserkraftwerks laufe und entsprechend die Wasserkraft noch nicht genutzt werden könne, auch kein Zins gefordert werden solle bzw. dieser – auf Antrag – reduziert werden könne, wenn die Wasserkraft erst teilweise genutzt werde. Im Unterschied zu der Situation, da ein Kraftwerk neu erstellt werde, habe vorliegend die Wasserkraftanlage und damit die Möglichkeit zur Nutzung der Wasserkraft bereits bestanden; die Anlage habe auch während der in der Konzession für die Erneuerung und den Ausbau festgesetzten Frist weiterbetrieben werden können und müssen. Selbst wenn nun die nach Ansicht der Konzessionärin anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen weit ausgelegt und auch die Erneuerung und der Ausbau eines Wasserkraftwerks darunter subsumiert würden, wäre lediglich bezüglich der auszubauenden Wassermenge, die während der Erneuerung und des Ausbaus noch nicht genutzt werden könne, auf den Wasserzins zu verzichten. Dem sei vorliegend bereits Rechnung getragen worden: Während der Zeit, da das Wasserkraftwerk umgebaut wurde, sei der geschuldete Wasserzins auf der Grundlage einer nutzbaren Wassermenge von 400 m<sup>3</sup>/s berechnet worden. Eine Erhöhung des Wasserzinses entsprechend der Ausbauwassermenge von 500 m<sup>3</sup>/s habe erst mit der Kollaudation des erneuerten und ausgebauten Wasserkraftwerks stattgefunden.

Nichts anderes ergibt sich nach den weiteren Erwägungen des UVEK aus dem Ordnungsrecht. Zwar lasse dieses eine Anpassung der festgelegten wasserzinspflichtigen Bruttoleistung zu, beschränke die Anpassung jedoch auf eine unvorhersehbare, durch äussere Umstände hervorgerufene Änderung in den Nutzungsverhältnissen. Solche Umstände lägen nicht vor. Schliesslich weist das UVEK darauf hin, dass eine vertragliche Vereinbarung über eine (teilweise) Herabsetzung des Wasserzinses während der Erneuerung einer bestehenden Anlage nicht von vornherein ausgeschlossen sei, die Konzessionärin Entsprechendes jedoch weder im Rahmen der Konzessionsverhandlungen noch im Zusammenhang mit der Festlegung der wasserzinspflichtigen Bruttoleistung oder anlässlich des Baubewilligungsverfahrens zum Thema gemacht habe. Es habe daher allein in der

unternehmerischen Freiheit und Verantwortung der Konzessionärin gelegen, die Produktionseinbussen als Folge der Erneuerung und des Ausbaus möglichst zu reduzieren.

#### **E.**

Gegen die Verfügung des UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) vom 20. Oktober 2016 lässt die Konzessionärin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Schreiben vom 18. November 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen. Sie beantragt, es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 20. Oktober 2016 aufzuheben und es sei sie zu verpflichten, den Kantonen Schaffhausen (nachfolgend: Beschwerdegegner 1) und Zürich (nachfolgend: Beschwerdegegner 2) für die Jahre 2008 bis 2011 einen um insgesamt Fr. 950'619.35 (Beschwerdegegner 1) bzw. Fr. 1'823'515.05 (Beschwerdegegner 2) reduzierten Wasserzins zu bezahlen.

Zur Begründung ihrer Begehren verweist die Beschwerdeführerin zunächst auf die Konzession vom 16. Dezember 1998. Diese lege den Wasserzins nicht betragsmässig fest, sondern verweise für dessen Höhe auf die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung. Die Höhe des Wasserzinses bestimme sich mithin insbesondere nach den materiellrechtlichen Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes vom 22. Dezember 1916 (WRG, SR 721.80) und der Wasserzinsverordnung vom 12. Februar 1918 (WZV, SR 721.831). Die Beschwerdeführerin stützt ihre Rechtsbegehren sodann im Wesentlichen auf die Bestimmung von Art. 50 WRG. Nach dieser dürfe während der für den Bau bewilligten Frist kein Wasserzins erhoben werden bzw. sei dieser im jeweiligen Verhältnis der wirklich ausgenutzten zur verliehenen Wasserkraft herabzusetzen. Die Bestimmung mache dem Wortlaut und der Marginalie nach keinen Unterschied zwischen Neu- und Umbauten, weshalb auch die Erneuerung und der Ausbau des Wasserkraftwerks Eglisau darunter zu subsumieren sei. Dies entspreche auch Sinn und Zweck der Bestimmung: Durch die den Unternehmen gewährten Erleichterungen sollten Ausbau und Ausnützung der Wasserkräfte und damit auch der Ausbau des Wasserkraftwerks Eglisau im allgemeinen Interesse gefördert werden. Während der Ausführung der erforderlichen Arbeiten habe die verliehene Wasserkraft nur zu einem Teil genutzt werden können, weshalb der Wasserzins entsprechend der Mindernutzung herabzusetzen sei. Zudem sehe die WZV in Art. 3 Abs. 3 die Möglichkeit vor, die dem Wasserzins zu Grunde liegende mittlere Bruttoleistung, welche von den Kantonen festgelegt werde, anzupassen, sollten sich die Nutzungsverhältnisse infolge baulicher Vorkehren irgendwelcher Art ändern.

**F.**

Der Beschwerdegegner 1 verzichtet mit Schreiben vom 13. Dezember 2016 darauf, eine Beschwerdeantwort einzureichen und verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz.

**G.**

Die Vorinstanz hält mit Vernehmlassung vom 23. Dezember 2016 an ihrem Entscheid und an ihren Ausführungen gemäss der angefochtenen Verfügung vom 20. Oktober 2016 fest.

**H.**

Der Beschwerdegegner 2 schliesst mit Beschwerdeantwort vom 4. Januar 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Wie die Vorinstanz hält er dafür, dass es vorliegend an einer Anspruchsgrundlage für die angebehrte vorübergehende Herabsetzung des Wasserzinses fehle. Die Bestimmung von Art. 50 WRG beziehe sich auf die Neuerstellung eines Wasserkraftwerks und nicht auf die Erneuerung einer bereits bestehenden und betriebsbereiten Anlage. Die Beschwerdeführerin habe das Werk denn auch ununterbrochen weiterbetrieben und schulde somit den Wasserzins für die nutzbare Wassermenge von 400 m<sup>3</sup>/s. Sodann sei entsprechend dem Zweck von Art. 50 WRG der Wasserzins erst angepasst bzw. erhöht worden, als die Beschwerdeführerin die auszubauende Wassermenge von 500 m<sup>3</sup>/s effektiv habe nutzen können und dürfen. Schliesslich sei von Beginn weg bekannt gewesen, dass die Stromproduktion aufgrund der vorübergehenden und aufeinanderfolgenden Ausserbetriebnahme aller sieben Maschinengruppen nicht wie bisher aufrechterhalten werden könne. Auf einen entsprechenden Ausgleich über eine vorübergehende Herabsetzung des Wasserzinses hätte die Beschwerdegegnerin im Verlaufe der Konzessionsverhandlungen, spätestens jedoch bei der Festlegung der dem Wasserzins zu Grunde liegenden mittleren Bruttoleistung, die am 30. April 2003 für die Jahre 2002 bis und mit 2011 erfolgt sei, hinwirken müssen.

**I.**

Mit Schlussbemerkungen vom 26. Januar 2017 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und an ihren Ausführungen gemäss der Beschwerdeschrift vom 18. November 2016 fest. Ergänzend führt sie aus, dass gemäss Art. 50 WRG der Wasserzins während der Baufrist nur auf die effektiv nutzbare Wassermenge zu erheben sei, wenn die Konzession wie vorliegend zu baulichen Massnahmen verpflichtete, die zu einer Mindernutzung der Wasserkraft führten. Dies gelte auch dann, wenn die Konzession zum

Umbau einer bestehenden Anlage verpflichtet, weshalb die beantragte Herabsetzung des Wasserzinses zu gewähren sei.

**J.**

Auf die weiteren Ausführungen und die bei den Akten liegenden Schriftstücke ist, soweit für den vorliegenden Entscheid relevant, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen i.S.v. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), soweit diese von einer Vorinstanz i.S.v. Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

Die Vorinstanz gehört zu den Behörden i.S.v. Art. 33 Bst. d VGG und der angefochtene Entscheid, der in Anwendung der Wasserrechtsgesetzgebung des Bundes ergangen ist, stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Da zudem kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich und funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 71 Abs. 2 WRG; zudem das Urteil des BGer 2C\_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4.5).

**1.2** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung besitzt. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und mit ihrem Begehren um eine Herabsetzung des Wasserzinses vor der Vorinstanz nicht durchgedrungen. Sie ist daher ohne Weiteres als zur Beschwerdeerhebung berechtigt anzusehen.

**1.3** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

**2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG); die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus den Beschwerdegründen, welche das Gesetz zulässt. Es stellt den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei und von Amtes wegen an, ohne an die Anträge oder die rechtliche Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; BVGE 2009/61 E. 6.1).

**3.**

Zunächst ist auf die gesetzliche (Zuständigkeits-)Ordnung im Zusammenhang mit der Verleihung von Wasserrechten sowie der Festsetzung und Erhebung der Wasserzinsen einzugehen (nachfolgend E. 4). Anschliessend wird zu prüfen sein, ob eine gesetzliche Grundlage für das Begehren der Beschwerdeführerin um eine (nachträgliche) Herabsetzung des Wasserzinses besteht (nachfolgend E. 5) und dem Begehren der Beschwerdeführerin gegebenenfalls keine anderen im öffentlichen Recht des Bundes begründeten Hindernisse entgegenstehen bzw. sie unter den vorliegenden Umständen berechtigt ist, sich darauf zu berufen (nachfolgend E. 6).

**4.**

**4.1** Die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung findet sich in den Grundzügen im WRG und in der WZV geregelt; der Bund verfügt in diesem Bereich über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz (Art. 76 Abs. 2 BV). Demnach werden Nutzungsrechte an Gewässern grundsätzlich durch öffentlich-rechtliche Konzession auf einen privaten Dritten (Konzessionär) übertragen, wobei Konzessionen über die Verleihung von Wasserrechten in der Regel sowohl hoheitliche als auch vertragliche Elemente aufweisen (Urteile des BGer 2C\_828/2013 vom 24. März 2014 E. 2.1 und 2C\_258/2011 vom 30. August 2012 E. 4.1; vgl. auch BGE 130 II 18 E. 3.1). Die Konzession begründet ein Dauerrechtsverhältnis und verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers (Art. 43 Abs. 1 WRG; BGE 142 I

99 E. 2.2.1 und E. 2.4.3 f.; BGE 126 II 171 E. 3b; Urteil des BGer 1C\_207/2008 vom 20. Januar 2009 E. 4.2; zum Ganzen auch BERNHARD WALDMANN, Die Konzession – Eine Einführung, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Die Konzession, 2011, S. 17–20 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Literatur).

Zuständig für die Verleihung von Wasserrechten ist – entsprechend der bei den Kantonen liegenden Gewässerhoheit (Art. 76 Abs. 4 BV) – grundsätzlich die kantonale Behörde (Art. 3 f. WRG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 WRG). Berührt wie vorliegend ein Gewässer die Landesgrenze, liegt die Zuständigkeit bei der Vorinstanz (Art. 76 Abs. 5 Satz 1 BV; Art. 7 WRG i.V.m. Art. 38 Abs. 3 WRG). Diese legt in billiger Rücksichtnahme auf die Gesetzgebung der Kantone auch die diesen zu entrichtenden Leistungen und somit insbesondere die Wasserzinsen fest (Art. 48 Abs. 1 WRG i.V.m. Art. 52 WRG). Entsprechend hat sie auch zu entscheiden, wenn etwa eine angehrte Herabsetzung der Wasserzinsen gemäss der Bestimmung von Art. 50 WRG im Streit liegt (Urteil des BGer 2C\_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4, insbes. E. 4.5). Durch diese Kompetenzverschiebung wird dem Bund allerdings nicht die Gewässerhoheit übertragen. Die Gewässer bleiben kantonale und der Wasserzins kommt weiterhin den Kantonen zu; der Bund handelt bei der Verleihung nach Anhörung der betroffenen Kantone in deren Interesse und für deren Rechnung. Den Kantonen verbleibt die Befugnis, die zu ihren Gunsten ausbedungenen Leistungen nach Massgabe auch des kantonalen Rechts selbständig gegenüber dem Konzessionär geltend zu machen. Sie können dabei auf die Erhebung der von der Vorinstanz festgelegten, ihnen zustehenden Wasserzinsen verzichten (Urteil des BGer 2C\_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4.5; vgl. auch Urteil des BGer 2A.58/2004 vom 21. Mai 2004 E. 3.3; Urteil des BGer 2A.179/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 2a).

**4.2** Der obligatorische Mindestinhalt der Wasserrechtskonzessionen ist in Art. 54 WRG geregelt. Demnach gehören insbesondere die dem Konzessionär auferlegten wirtschaftlichen Leistungen wie der Wasserzins zum obligatorischen Bestandteil der Konzession (Bst. f; hierzu BGE 126 II 171 E. 3b sowie insbes. auch E. 4b und 4c/aa; MERKER/CONRADIN-TRIACA, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. I, 2016, Art. 54 Rz. 3 f. und Rz. 21 f.). Zudem sind gemäss Bst. h die Fristen für den Beginn der Bauarbeiten und die Eröffnung des Betriebes in der Konzession zu bestimmen – vorausgesetzt, es sollen dem Konzessionär überhaupt solche Fristen auferlegt werden. Die Fristbestimmungen sind Ausdruck des öffentlichen und auch fis-

kalischen Interesses an einer (erhöhten) Stromproduktion aus erneuerbarer Wasserkraft und sollen sicherstellen, dass die Konzessionärin von dem ihr verliehenen Recht auch effektiv innert einer angemessenen Frist Gebrauch macht; es sollen keine Konzessionen auf Vorrat erteilt werden (Urteil des BGer 1A.170/2003 vom 27. August 2004 E. 4.2.4). Versäumt der Konzessionär die Fristen, kann die Verleihungsbehörde die Konzession als verwirkt erklären (Art. 65 Bst. a WRG). Die Fristen gemäss Art. 54 Bst. h WRG kommen insoweit einer Baupflicht gleich.

**4.3** Der Wasserzins ist die jährlich wiederkehrende Leistung für die staatliche Einräumung des Sondernutzungsrechts an der Wasserkraft (BGE 128 II 112 E. 10c mit Hinweisen; Urteil des BGer 2A.58/2004 vom 21. Mai 2004 E. 3.3). Für die Berechnung des Wasserzinses ist die mittlere mechanische Bruttoleistung des Wassers massgeblich. Diese bestimmt sich nach dem nutzbaren Gefälle und der gemäss der Konzession nutzbaren Wassermenge (Art. 51 Abs. 1 WRG). Als nutzbare Wassermenge gilt die wirklich zufließende Wassermenge, soweit sie nicht die Aufnahmefähigkeit der in der Konzession bewilligten Anlagen überschreitet (Art. 51 Abs. 3 WRG und Art. 16 WZV). Wasserzinspflichtig ist mithin diejenige Wassermenge, die aufgrund der Konzession dem Wasserlauf entzogen werden darf, unabhängig davon, welche Menge wirklich genutzt wird (BGE 49 I 160 E. 3; Bundesamt für Wasser und Geologie BWG [heute Bundesamt für Energie (BFE)], Der Wasserzins – die wichtigste Abgabe auf der Wasserkraftnutzung in der Schweiz, 2002, S. 16, abrufbar unter < [www.bfe.admin.ch](http://www.bfe.admin.ch) > Themen > Wasserkraft > Berichte/Zusammenfassungen, abgerufen am 24.10.2017; beachte auch Art. 17 WZV). Der Bundesgesetzgeber hat sodann in Art. 49 Abs. 1 WRG ein Wasserzinsmaximum festgelegt, welches nicht überschritten werden darf. Es betrug bis Ende des Jahres 2010 jährlich Fr. 80.– und bis Ende 2014 jährlich Fr. 100.– und ist heute und noch bis Ende 2019 auf jährlich Fr. 110.– pro Kilowatt Bruttoleistung festgelegt. Die Festsetzung dient dem Bestreben, die Ausnützung der Wasserkraft und die Erneuerung bestehender Anlagen unter Berücksichtigung der fiskalischen Interessen der Kantone nicht zu verhindern oder übermässig zu erschweren (BGE 126 II 171 E. 3a; MERKER/CONRADIN-TRIACA, a.a.O., Art. 49 WRG Rz. 17 f.).

Während der in der Konzession festgelegten Baufrist darf gemäss Art. 50 Abs. 1 WRG kein Wasserzins erhoben werden. Die Bestimmung bezweckt ebenso wie Art. 49 WRG, den Ausbau und die Ausnützung der Wasserkräfte im öffentlichen Interesse zu fördern. Sie ist (entsprechend) zwingender Natur; zuwiderlaufende Konzessionsbestimmungen wären ungültig

(MERKER/CONRADIN-TRIACA, a.a.O., Art. 50 WRG Rz. 10–12). Der Konzessionär kann sodann mit begründetem Antrag verlangen, dass der Wasserzins im jeweiligen Verhältnis der wirklich ausgenutzten zur verliehenen Wasserkraft, jedoch höchstens bis zur Hälfte herabgesetzt werde, wenn die Baufrist abgelaufen, das Werk jedoch noch nicht vollendet und die Wasserkraft folglich erst teilweise genutzt werden kann (Art. 50 Abs. 2 WRG). Auch diese Bestimmung gewährt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Ermessensspielräume (Urteil des BGer 2C\_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4.5).

**4.4** Die Regelung über den Wasserzins und insbesondere über dessen Höhe gewährt aufgrund des vertragsähnlichen Charakters der Konzession grundsätzlich ein wohlerworbenes Recht, das vor Eingriffen in seine Substanz geschützt ist. Dies bedeutet indessen nicht, dass sich das Gemeinwesen nicht durch einen entsprechenden Vorbehalt die Freiheit wahren könnte, den Zins zu einem späteren Zeitpunkt zu erhöhen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es zulässig, einen gezielten Vorbehalt anzubringen, wonach der Wasserzins nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung festzusetzen sei. Damit wird die Entstehung eines wohlerworbenen Rechts im Bereich der Nutzungsentschädigung ausgeschlossen, soweit die vorbehaltene Änderung vom Gesetzgeber ausgeht (Urteile des BGer 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 6.2 und 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 3.3, je unter Verweis auf BGE 126 II 171 E. 3 und 4; Urteil des BVGer A-3129/2008 vom 19. März 2009 E. 7.4; vgl. auch RICCARDO JAGMETTI, *Energierrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bd. VII, 2005, Rz. 4503 und 4506 und die Kritik von MICHAEL MERKER, in: *Kommentar zum Energierrecht*, Bd. I, 2016, Art. 43 Rz. 15 f.). Das Bundesgericht hat sodann wiederholt festgehalten, es sei mit dem für öffentliche Abgaben geltenden verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip vereinbar, wenn im kantonalen Recht für die Bestimmung des Wasserzinses auf den jeweiligen bundesrechtlichen Höchstsatz verwiesen werde (BGE 128 II 112 E. 7 mit Hinweis; Urteil des BGer 2A.58/2004 vom 21. Mai 2004 E. 3.3).

## **5.**

**5.1** Vorliegend steht die Anwendung von Art. 50 WRG in Frage. Die Bestimmung mit der Marginalie "Ermässigung während der Bauperiode" hat folgenden Wortlaut:

## Art. 50

- <sup>1</sup> Während der für den Bau bewilligten Frist soll kein Wasserzins erhoben werden.
- <sup>2</sup> Während der ersten sechs Jahre nach Ablauf der Baufrist kann der Konzessionär verlangen, dass der Wasserzins im jeweiligen Verhältnis der wirklich ausgenutzten zur verliehenen Wasserkraft, jedoch höchstens bis zur Hälfte herabgesetzt werde.

Die Anwendbarkeit von Art. 50 WRG setzt gemäss Marginalie und Wortlaut voraus, dass dem Konzessionär eine Frist für den Bau und damit eine Baupflicht auferlegt worden ist. Es ergibt sich jedoch weder unmittelbar aus dem Gesetz noch aus dem Ordnungsrecht, ob die Bestimmung dabei einzig den Neubau eines Wasserkraftwerks im Rahmen einer Neukonzessionierung erfasst oder ob auch bauliche Massnahmen wie der Ausbau oder die Erneuerung eines bestehenden Wasserkraftwerks eingeschlossen sind; der Gesetzgeber verwendet den neutralen Begriff "Bau" – im französischen Gesetzestext "la construction" und im italienischen "la costruzione" – und weder das Gesetz noch die Verordnung enthalten eine entsprechende Legaldefinition. Es ist daher durch Auslegung von Art. 50 WRG zu ermitteln, welches der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist und ob der vorliegende Sachverhalt darunter zu subsumieren ist.

**5.2** Ziel der Auslegung ist es, den Sinngehalt einer Norm zu ermitteln. Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist dieser nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, so ist auf die weiteren Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historisches Element), ihren Sinn und Zweck (teleologisches Element) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematisches Element). Dabei ist einem pragmatischen Methodenpluralismus zu folgen (BGE 142 II 399 E. 3.3, BGE 139 II 173 E. 2.1 und BVGE 2016/22 E. 11.3, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 177 f. mit Hinweisen).

In der Praxis steht das teleologische Auslegungselement regelmässig im Vordergrund: Die Gesetzesauslegung hat sich von dem Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf den Sinn und Zweck des Gesetzes (BVGE 2016/22 E. 11.3 mit Hinweisen).

auf die Rechtsprechung). Die Ermittlung von Sinn und Zweck einer Bestimmung ist somit im Grundsatz auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von diesem erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten; die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses lässt sich nicht aus sich selbst heraus begründen, sondern ist aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten, die es mit Hilfe der üblichen Auslegungselemente und damit insbesondere des entstehungszeitlichen und des geltungszeitlichen Elements zu ermitteln gilt (zum Ganzen BGE 140 II 509 E. 2.6 und BGE 140 I 305 E. 6, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BGer 8C\_46/2017 vom 7. August 2017 E. 4; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, § 4 Rz. 33; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 179–181). Gesetzesauslegung in diesem Sinn ist auch Rechtsfortbildung, ohne dass dabei vorschnell von einer Lücke im Gesetz auszugehen wäre (vgl. BGE 132 III 707 E. 2 mit Verweis u.a. auf BGE 128 I 34 E. 3b; ferner MANUEL JAUN, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, 2001, S. 57–62).

**5.3** Fraglich ist, ob dem in Art. 50 WRG verwendeten Begriff "Bau" ein weiterer Wortsinn beizugeben ist und entsprechend auch bauliche Massnahmen wie jene, zu deren Ausführung die Beschwerdeführerin im Rahmen der Konzessionserneuerung verpflichtet worden ist (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Konzession), darunter fallen oder die Bestimmung entsprechend einem engen Wortsinn alleine auf Neubauten Anwendung findet. Unter dem Begriff "Bau" – und auch unter "bauen" – ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch u.a. das Bauen, Aufbauen, Erstellen oder Errichten einer Baute oder Anlage zu verstehen (RENATE WAHRIG-BURFEIND, Brockhaus, Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 2011, S. 230 f. [Stichworte "Bau" und "bauen"]; Duden, Bd. 8: Das Synonymwörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 169 f. [Stichworte "Bau" und "bauen"]; Duden, Bd. 10: Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl. 2010, S. 178 f. [Stichworte "Bau" und "bauen"]; vgl. für den im französischen Gesetzestext verwendeten Begriff etwa Le Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, édition 2017, p. 522 [Stichworte "construction" und "construire"]). Unter diesen synonymen Begriffen versteht der Gesetzgeber an anderer Stelle den Neubau bzw. den Wiederaufbau einer Baute und Anlage und dies im Gegensatz zu deren Änderung, worunter bauliche Massnahmen wie Um- und Anbauten sowie Erweiterungen verstanden werden (vgl. etwa die im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren [AS 1999 3079] angepasste Bestimmung gemäss Art. 62 Abs. 1 WRG sowie die raumplanungsrechtliche Grundnorm gemäss

Art. 22 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes [RPG, SR 700]; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement/Bundesamt für Raumplanung, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, 1981, Art. 22 Rz. 10). Dem Begriff "Bau" ist somit nach dem grammatikalischen Auslegungselement und mit Blick auf den inneren Aufbau der Bestimmung eher ein enger Wortsinn beizugeben, welcher allein Neubauten erfasst.

**5.4** In einem nächsten Schritt ist im Rahmen des historischen Auslegungselements zu prüfen, ob sich in den Materialien erkennbare Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu der sich stellenden Frage finden lassen.

Die Bestimmung von Art. 50 WRG bezweckt nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, den Ausbau und die Ausnützung der Wasserkräfte zu fördern. Sie sieht aus diesem Grund vor, dass während einer bestimmten Zeit kein bzw. – auf Antrag – lediglich ein reduzierter Wasserzins erhoben werde. In der parlamentarischen Beratung im Ständerat hielt der Sprecher der Kommission zu Art. 50 WRG fest (Votum Ständerat Isler, Berichterstatter der Kommission, Amtliches stenographisches Bulletin 1913 S 312):

Es ist selbstverständlich, dass dieser Artikel bloss dann Anwendung findet, wenn das betreffende Unternehmen sich verpflichtet hat, den Bau auszuführen. [...] Ist sie [die Verpflichtung] [...] erfolgt, dann erscheint es als zutreffend und billig, dass der Staat, solange der Bau dauert, resp. die Frist besteht, die er bei der Verleihung dem Unternehmen für die Ausführung des Baues eingeräumt hat und als notwendig hat einräumen müssen, auch keinen Zins fordert, solange die Benützung der Wasserkraft noch nicht stattfinden kann, und dass, wenn erst eine teilweise Benützung eintritt wegen nicht völliger Vollendung des Baues, auch nur die wirklich mögliche Nutzung dem Zins unterstellt wird. [...] die einfachste Billigkeit verlangt, dass die Kraft nicht eher bezahlt werden müsse, als bis sie gefasst ist und benutzt werden kann.

Ein im Ständerat eingebrachter Antrag auf ersatzlose Streichung des heutigen Art. 50 Abs. 1 WRG wurde abgewiesen (Amtliches stenographisches Bulletin 1913 S 312). Im Nationalrat hielt sodann der deutsche Berichterstatter der Kommission zu Art. 50 WRG fest (Nationalrat Vital für die Kommission, Amtliches stenographisches Bulletin 1915 N 287):

Diese Bestimmung ist aufgenommen worden, um, wie es ja das ganze Gesetz will, den Ausbau der Wasserkräfte zu fördern. Im weiteren bestimmt der zweite Absatz, dass während der ersten sechs Jahre nicht der volle Zins erhoben werden soll, wenn das Werk nicht voll ausgebaut und ausgenützt wird. Während der ersten Periode des Betriebes soll im Gegenteil der Zins in einem angemessenen Verhältnis stehen zu der wirklich ausgenutzten Kraft.

Auch das Bundesgericht bezog sich in seiner älteren Rechtsprechung zu Art. 50 WRG auf die Materialien. Es erwog, dass sich der Wasserzins zwar grundsätzlich nach der nutzbaren und nicht nach der wirklich genutzten Wasserkraft richte, doch sei der Wasserzins eine Abgabe auf dem Betrieb, der grundsätzlich aus dem Ertrag, den ein Wasserkraftwerk liefere, bestritten werden müsse und nicht das Anlagekonto belasten solle (BGE 54 I 432 E. 2; BGE 49 I 160 E. 3). Unter Verweis auf diese ältere Rechtsprechung und die Materialien geht auch die jüngere Literatur davon aus, die Wasserkraft solle nicht eher bezahlt werden, als sie benutzt werden könne bzw. es sei – während einer bestimmten Zeitspanne und auf Antrag hin – nur die wirklich mögliche Nutzung dem Zins zu unterstellen. Dabei wird – entsprechend der vom historischen Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidung – auf die Baupflicht verwiesen. Diese rechtfertige es, dass das Gemeinwesen für die notwendige Dauer des Baus keinen bzw. lediglich einen reduzierten Wasserzins einfordere (MERKER/CONRADIN-TRIACA, a.a.O., Art. 50 WRG Rz. 2, 6 und 15 mit Hinweisen u.a. auf die Materialien).

Unmittelbar lässt sich den Materialien somit keine Antwort zu der Frage entnehmen, welcher Wortsinn dem Begriff "Bau" beizugeben ist. Die hier zu entscheidende Frage wurde weder in der Gesetzesbotschaft noch in der parlamentarischen Beratung thematisiert. Dies dürfte auf die Umstände zur Zeit der Entstehung des WRG zurückzuführen sein, waren doch Erneuerung und Ausbau bestehender Wasserkraftwerke zur damaligen Zeit noch nicht aktuell. Den Materialien lassen sich jedoch die Intentionen des Gesetzgebers entnehmen, welche sich, wie sogleich zu zeigen sein wird, mit dem Ergebnis einer zeitgemäss teleologischen Auslegung decken.

**5.5** Das WRG ist seit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1918 verschiedentlich geändert und ergänzt worden. Gemäss einer Teilrevision aus dem Jahr 1997 bezweckt das Gesetz heute ausdrücklich auch, die Modernisierung bzw. Erneuerung und die Erweiterung bestehender Wasserkraftwerke zu fördern; die Konzessionäre sollten (zusätzliche) Anreize erhalten, bestehende Kraftwerke zu modernisieren und/oder auszubauen (vgl. Botschaft vom 16. August 1995 über eine Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, BBl 1995 IV 1003 und 1010 ff.). Dem Begriff "Bau" ist vor diesem Hintergrund gestützt auf das zeitgemäss teleologische Auslegungselement ein weiter Wortsinn beizugeben, der auch bauliche Massnahmen wie die Erneuerung und den Ausbau bestehender Wasserkraftwerke einschliesst; ist die (erneuerte) Konzession mit einer Pflicht zur Erneuerung oder zum Ausbau eines bestehenden Wasserkraftwerks innert einer bestimmten Frist verbunden, rechtfertigt es sich

im Gegenzug, dass das Gemeinwesen für die notwendige Dauer der baulichen Massnahmen keinen bzw. lediglich einen reduzierten Wasserzins einfordert.

**5.6** Dieses Ergebnis findet sich in der Systematik des WRG bestätigt. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen der erstmaligen Erteilung einer Konzession für ein neues und der Konzessionserneuerung für ein bereits bestehendes Kraftwerk wie vorliegend für das Wasserkraftwerk Eglisau; die in Frage stehende Bestimmung von Art. 50 WRG findet sich im dritten Abschnitt des Gesetzes, welcher in allgemeiner Weise die Verleihung von Wasserrechten und in den Art. 48 ff. WRG die Pflichten des Konzessionärs regelt. Die Erneuerung einer Konzession für ein bestehendes Wasserkraftwerk steht insoweit unter denselben Grundsätzen wie die Neukonzessionierung (vgl. Botschaft vom 19. April 1912 zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, BBl 1912 II 701). Nach der Systematik des WRG ist daher Art. 50 WRG auch dann anwendbar, wenn der Konzessionär im Rahmen einer Konzessionserneuerung zu baulichen Massnahmen verpflichtet worden und somit dem Begriff "Bau" nach dem systematischen Auslegungselement ein weiter Wortsinn beizugeben ist.

**5.7** Eine gesamthafte Betrachtung der verschiedenen Auslegungselemente ergibt, dass dem Begriff "Bau" ein weiter Wortsinn beizugeben ist. Zwar spricht der Wortlaut der Bestimmung eher für einen engen Wortsinn, dies allein steht jedoch einer ausdehnenden Auslegung in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck von Art. 50 WRG nicht entgegen (vgl. BGE 132 III 707 E. 3.2; zudem vorstehend E. 5.2). Wird dem Konzessionär wie vorliegend im Rahmen der Erneuerung der Konzession eine Baupflicht auferlegt, so ist es im Sinne der vom historischen Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidungen und unter Berücksichtigung des zeitgemäss teleologischen und des systematischen Auslegungselements nur billig, dass die Bestimmung von Art. 50 WRG zur Anwendung gelangt und der Staat (auf begründeten Antrag) den Wasserzins für eine beschränkte Zeitdauer im Verhältnis zur wirklich genutzten und nicht entsprechend der gemäss Konzession nutzbaren Wasserkraft erhebt. Die Bestimmung von Art. 50 WRG ist mithin unter dem Vorbehalt, dass die Konzession eine Baupflicht enthält und die Minderproduktion in einem hinreichenden Zusammenhang zu dieser Pflicht steht, sinngemäss auch auf die Erneuerung und den Ausbau bestehender Wasserkraftwerke im Rahmen einer Konzessionserneuerung und somit grundsätzlich auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

**5.8** Die Konzession verpflichtet vorliegend dazu, die verfügbare Wasserkraft durch Betrieb des bestehenden Wasserkraftwerks weiter zu nutzen. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin das Werk entsprechend dem Konzessionsprojekt 1997 zu erneuern und bis zu einer nutzbaren Wassermenge von 500 m<sup>3</sup>/s (Ausbauwassermenge) auszubauen. Als Folge der notwendigen baulichen Massnahmen hat die Beschwerdeführerin über einen längeren Zeitraum Produktionsausfälle hinnehmen müssen. Für diesen Sachverhalt bestimmt nun Art. 50 WRG hinsichtlich des Wasserzinses was folgt: Auf die zusätzliche Ausbauwassermenge darf gemäss Art. 50 Abs. 1 WRG so lange kein Wasserzins erhoben werden, als diese nicht genutzt werden kann und darf. Entsprechendes steht vorliegend auch nicht in Frage (vgl. vorstehend Sachverhalt Bst. D). Darüber hinaus ist der Wasserzins während der Zeit, da die gemäss Konzession nutzbare Wasserkraft als Folge der baulichen Massnahmen noch nicht bzw. nicht mehr vollständig genutzt werden konnte, gemäss Art. 50 Abs. 2 WRG auf begründeten Antrag hin herabzusetzen.

Entsprechende oder weitergehende Ansprüche auf eine Herabsetzung des Wasserzinses ergeben sich weder aus der WZV noch aus dem kantonalen Recht, auf welches die Konzession in Art. 28 für die Bestimmung des Wasserzinses verweist. Die von der Beschwerdeführerin angerufene Bestimmung von Art. 3 Abs. 3 WZV regelt in zeitlicher Hinsicht die Berechnung der dem Wasserzins zu Grunde liegenden mittleren Bruttoleistung und es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht dargelegt, dass damit ein über die Bestimmung von Art. 50 WRG hinausgehender bzw. ein selbständiger Anspruch auf Herabsetzung des Wasserzinses gewährt würde. Dasselbe gilt für das kantonale Recht. Zwar sieht § 10 der Gebührenverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz (GebV WWG, Zürcher Loseblattsammlung [LS] 724.21) vor, dass Nutzungsgebühren wie der Wasserzins von Amtes wegen oder auf Verlangen des Gebührenpflichtigen angepasst werden, wenn die für die frühere Festsetzung der Gebührenhöhe massgebenden Grundlagen wesentlich geändert haben. Damit wird jedoch, anders als in Art. 50 WRG, grundsätzlich keine Abweichung von dem Grundsatz statuiert, dass für die Berechnung des Wasserzinses die verliehene und eben nicht die wirklich genutzte Wasserkraft massgeblich ist (vgl. § 67 des Wasserwirtschaftsgesetzes [WWG, LS 724.11]; zudem vorstehend E. 4.3). Entsprechend begründet § 10 der erwähnten Gebührenverordnung grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Wasserzins für eine beschränkte Zeitdauer im Verhältnis zur wirklich genutzten und nicht zur verliehenen Wasserkraft erhoben wird.

## 6.

**6.1** Schliesslich ist auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs auf Herabsetzung des Wasserzinses einzugehen. Hierzu ist zunächst zu prüfen, ob der Konzession hinsichtlich einer allfälligen Herabsetzung des Wasserzinses eine vertragliche Regelung entnommen werden kann.

**6.2** Der Wasserzins ist in Art. 28 der Konzession geregelt. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

### Artikel 28

#### Konzessionsgebühr und Wasserzins

Das Kraftwerksunternehmen hat den Kantonen Zürich und Schaffhausen die einmalige Gebühr und den jährlichen Wasserzins nach der jeweiligen eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung zu entrichten.

Bei der Festlegung des Wasserzinses handelt es sich grundsätzlich um ein vertragliches Element, welches der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall ein beschränktes wohlerworbenes Recht verschafft (vgl. vorstehend E. 4.1 und 4.4). Die Wasserrechtskonzession ist in diesem Punkt wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auszulegen. In erster Linie ist somit auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (subjektive Vertragsauslegung). Hierbei kann auch nachträgliches Parteiverhalten berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt. Kann ein übereinstimmender wirklicher Wille nicht festgestellt werden, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative bzw. objektive Vertragsauslegung). Dabei ergibt sich der wahre Sinn eines Vertrags nicht allein aus dem Wortlaut, sondern auch aus anderen Elementen wie den Materialien der Verhandlungen, dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen. Im Zweifel und zur Füllung von Lücken in einem Vertrag sind die dispositiven Bestimmungen der einschlägigen Gesetze heranzuziehen, soweit sich nicht genügend klar aus dem Vertrag ergibt, dass davon abgewichen werden soll (Urteile des BGer 2C\_828/2013 vom 24. März 2014 E. 2.1 f., 2C\_815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 2 und E. 4.2–4.4, 2C\_258/2011 vom 30. August 2012 E. 4.1 und E. 7.2.2 sowie 2E\_3/2009 vom 11. Juli 2011 E. 5.2 f., je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, 2014, Rz. 1394 ff.).

**6.3** Die Beschwerdeführerin reichte im Jahr 1997 ein Gesuch um Neukonzessionierung des Wasserkraftwerks Eglisau ein. Dieses sah eine umfassende Modernisierung der Energieerzeugungsanlagen vor; insbesondere sollten die Laufräder der bestehenden Francisturbinen ersetzt werden (Technischer Bericht und Pläne, Mai 1997, S. 2 und 12–14, zu den Akten genommen als Beilage 8 zur Beschwerdeschrift vom 18. November 2016). Im Selben ist auf S. 14 festgehalten:

Für den Umbau einer Maschinengruppe ist ein Zeitrahmen von ca. einem Jahr geplant. Aus Gründen der Verfügbarkeit werden maximal zwei Maschinengruppen gleichzeitig modernisiert. Im optimalen Fall ist somit eine Umbauzeit von ca. vier bis fünf Jahren vorgesehen.

Für dieses Projekt wurde schliesslich die Konzession erteilt, wobei zu den (weiteren) Umständen der Konzessionserteilung nichts bekannt ist. Dem Technischen Bericht vom 15. August 2005 zum bewilligten Bauprojekt lässt sich sodann entnehmen, dass das bestehende Maschinenkonzept überprüft worden sei. Dabei habe sich ergeben, dass es für das Projekt vorteilhafter sei, die bestehenden Francisturbinen durch Kaplansturbinen zu ersetzen. Dies bedinge neben diversen baulichen Änderungen und Anpassungen an Hilfs- und Nebenanlagen auch kleinere bauliche Anpassungen im Bereich der Kraftwerksanlage. Die sieben Maschinengruppen sollten ab Juli 2008 bis Ende März 2012 umgebaut werden, wobei je Maschinengruppe ein Baufenster von rund 14 Monaten vorgesehen war (Technischer Bericht vom 15. August 2005 zum Bauprojekt, S. 14 f. und 25 sowie Beilage 2, zu den Akten genommen als Beilage 9 zur Beschwerdeschrift vom 18. November 2016).

Die Beschwerdeführerin nahm gemäss eigenen Ausführungen die ersten beiden Maschinengruppen Ende Oktober 2008 ausser Betrieb, wobei der Umbau deutlich mehr Zeit benötigte als zunächst geplant; der Umbau der ersten Maschinengruppe dauerte 16 Monate, der Umbau der weiteren Maschinengruppen zwischen rund 20 und 21 Monaten (Tabelle Produktionsausfall Umbau Maschinengruppen vom 3. September 2012, zu den Akten genommen als Beilage 10 zur Beschwerdeschrift vom 18. November 2016). Am 18. Mai 2010 schliesslich stellte die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern Antrag auf eine (nachträgliche) Herabsetzung des Wasserzinses während der Bauzeit.

**6.4** Die Produktionseinbussen waren nach dem Gesagten schon bei der Konzessionserneuerung offensichtlich. Die Bestimmung von Art. 28 der Konzession verweist aber bezüglich des Wasserzinses in allgemeiner

Weise auf die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung und damit – entsprechend auch der Marginalie zu den Bestimmungen von Ar. 49–51 WRG – grundsätzlich auch auf die Bestimmung von Art. 50 WRG (vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BGer 2C\_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4.3). Die Beschwerdeführerin durfte aufgrund dieses Verweises davon ausgehen, gestützt auf Art. 50 Abs. 2 WRG eine Herabsetzung des Wasserzinses verlangen zu können und war nicht verpflichtet, (bereits) im Rahmen der Neukonzessionierung oder des Baubewilligungsverfahrens auf ein allfälliges späteres Begehren hinzuweisen oder sich ein solches vorzubehalten.

Die Beschwerdeführerin hat allerdings im Wissen darum, dass sämtliche Maschinengruppen für 14 Monate ausser Betrieb genommen werden müssen und es mithin zu Produktionsausfällen kommt, die jeweils zum 30. Juni für das laufende Jahr fälligen Wasserzinsen für die beiden Jahre 2008 und 2009 bezahlt (§ 8 GebV WWG; § 5 der Verordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz, Schaffhauser Rechtsbuch [SHR] 721.103). Weder ergibt sich aus den Akten noch wird vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin hierbei ein späteres Begehren um Herabsetzung des Wasserzinses vorbehalten hätte. Dieses Verhalten kann nur so interpretiert werden, dass sie die geplanten bzw. vorhersehbaren Produktionsausfälle hingenommen und insofern vertraglich auf eine entsprechende Herabsetzung des Wasserzinses verzichtet hat (vgl. im Ergebnis BGE 126 II 171 E. 4 f.; zudem BGE 49 I 160 E. 4). Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin den Wasserzins für die Jahre 2008 und 2009 vorbehaltlos bezahlt und erst im Mai 2010 ein Gesuch um (nachträgliche) Herabsetzung des Wasserzinses gestellt hat, legt sie nicht dar. Eine Rolle mag gespielt haben, dass sie hoffte, durch den gestaffelten Umbau der sieben Maschinengruppen und die fortlaufende Inbetriebnahme der neuen, leistungsfähigeren Anlagen die Produktionsverluste ausgleichen zu können. Dies würde erklären, weshalb die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Herabsetzung des Wasserzinses im Mai 2010 – nachdem klar war, dass der Umbau wesentlich länger als geplant dauert – eingereicht hat. Welche (betriebswirtschaftlichen) Gründe letztlich entscheidend waren, kann jedoch offen bleiben. Soweit die Beschwerdeführerin die Herabsetzung des Wasserzinses auch im Umfang der erwarteten Produktionsausfälle zu beantragen beabsichtigte, hätte sie dies den Beschwerdegegnern gegenüber nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 9 BV) im Rahmen der Erhebung der Wasserzinse für die Jahre 2008 und 2009 festhalten müssen und die geschuldeten Wasserzinsen nicht vorbehaltlos bezahlen dürfen (vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des BGer 1C\_613/2015, 1C\_637/2015 vom 10. August 2016 E. 5.3).

**6.5** Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der verbindliche Inhalt des Verleihungsverhältnisses zwischen den Parteien eine Herabsetzung des Wasserzinses gemäss Art. 50 Abs. 2 WRG im Umfang der geplanten und damit vorhersehbaren Produktionsausfälle – die Mindernutzung der verliehenen Wasserkraft während der ersten 14 Monate ab Ausserbetriebnahme der jeweiligen Maschinengruppe – nicht einschliesst. Die Vorinstanz hat daher insoweit das Gesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen und ist folglich auch die hiergegen erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Darüber hinaus, d.h. in Bezug auf die nicht vorhersehbaren Produktionsausfälle im Zusammenhang mit der Erneuerung und dem Ausbau des Wasserkraftwerks Eglisau, findet jedoch Art. 50 WRG aufgrund des Verweises in Art. 28 der Konzession auch im vorliegenden Verhältnis Anwendung. Die Beschwerdeführerin ist somit berechtigt, diesbezüglich eine Herabsetzung des Wasserzinses zu verlangen. Dies betrifft vorliegend jene Produktionsausfälle, welche aufgrund einer länger als 14 Monate dauernden Ausserbetriebnahme der einzelnen Maschinengruppen entstanden sind. Insoweit hat die Vorinstanz das Begehren der Beschwerdeführerin zu Unrecht abgewiesen und erweist sich die Beschwerde als begründet.

**6.6** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Art. 61 Abs. 1 VwVG in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Für einen Entscheid darüber, ob der Wasserzins im genannten Rahmen (rückwirkend) herabzusetzen sein wird, sind jedoch weitere Sachverhaltsabklärungen nötig. Insbesondere hat sich die Vorinstanz bisher nicht zu der Frage geäussert, ob die Berechnungsweise der Beschwerdeführerin bezüglich der angebehrten Herabsetzung des Wasserzinses – dieser sei im Verhältnis des erlittenen Produktionsverlusts zum langjährigen Produktionsmittel zu reduzieren – sachgerecht ist und die gesetzlichen Anforderungen gemäss WRG und WZV erfüllt. Es ist nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, sich als erste Instanz hierzu zu äussern. Die angefochtene Verfügung vom 20. Oktober 2016 ist daher in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung und zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **7.**

Insgesamt ist festzuhalten, dass mit der Bestimmung von Art. 50 Abs. 2 WRG eine gesetzliche Grundlage für das Begehren der Beschwerdeführerin besteht; eine Auslegung der Bestimmung ergibt, dass diese auch auf

die Erneuerung und den Ausbau des Wasserkraftwerks Eglisau anwendbar ist und die Beschwerdeführerin grundsätzlich verlangen kann, dass der Wasserzins während der Baufrist herabgesetzt werde. Die Auslegung der Konzession ergibt jedoch, dass der verbindliche Inhalt des Verleihungsverhältnisses den Anspruch auf Herabsetzung des Wasserzinses nur insoweit einschliesst, als ein nicht vorhersehbarer Produktionsausfall vorliegt. Die Beschwerde ist insoweit teilweise gutzuheissen, im Übrigen jedoch abzuweisen.

## **8.**

**8.1** Es bleibt, über die Kosten und Entschädigungen für das vorliegende Beschwerdeverfahren zu entscheiden.

**8.2** Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen; unterliegt sie nur teilweise, so werden sie ermässigt. Ausnahmsweise können sie erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 2 VwVG; vgl. zur Praxis des Bundesverwaltungsgerichts die Urteile A-4768/2014 vom 8. April 2015 E. 8.1, A-3505/2012 vom 24. Juni 2014 E. 13.1.3 mit Hinweisen, A-1034/2010 vom 13. Januar 2011 E. 15 sowie A-5867/2007 vom 27. Oktober 2008 E. 14).

Vorliegend handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 10'000.– festzusetzen (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und wie folgt zu verlegen: Die Vorinstanz hat das Begehren der Beschwerdeführerin um eine Herabsetzung des Wasserzinses hinsichtlich der vorhersehbaren Produktionsausfälle zu Recht abgewiesen. Im Übrigen jedoch ist die Beschwerde gutzuheissen und die Angelegenheit mit offenem Verfahrensausgang an die Vorinstanz zum neuen Entscheid zurückzuweisen (vorstehend E. 6.5 f.; vgl. zudem Urteil des BVGer A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 10.2 mit Hinweisen). Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeführerin als zu drei Vierteln unterliegend anzusehen. Der Beschwerdeführerin sind somit Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 7'500.– zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin in der Höhe von

Fr. 10'000.– geleistete Kostenvorschuss ist für die Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden und der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 2'500.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Auf die beiden Beschwerdegegner, die in ihren vermögensrechtlichen Interessen betroffen sind, fallen mithin Fr. 2'500.–, welche entsprechend des Verteilschlüssels für die nutzbare Wasserkraft (vgl. vorstehend Sachverhalt Bst. B) in der Höhe von Fr. 800.– dem Beschwerdegegner 1 und in der Höhe von Fr. 1'700.– dem Beschwerdegegner 2 zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aufzuerlegen sind.

**8.3** Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Antrag eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Liegt dem Gericht keine Kostennote vor, so setzt es die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Partei auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Die teilweise obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Deren Höhe ist aufgrund der Akten zu bestimmen. Sie bemisst sich – ausgehend von einer von Amtes wegen festzusetzenden Entschädigung in der Höhe von Fr. 6'000.– (inkl. Auslagen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VGKE) und unter Berücksichtigung des teilweisen Obsiegens zu einem Viertel – auf Fr. 1'500.–. Die Parteientschädigung ist entsprechend dem Verteilschlüssel für die nutzbare Wasserkraft (vgl. Sachverhalt Bst. B) in der Höhe von Fr. 500.– dem Beschwerdegegner 1 und in der Höhe von Fr. 1'000.– dem Beschwerdegegner 2 nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 3 VwVG).

Keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben im vorliegenden Verfahren die Vorinstanz und die nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, die Verfügung der Vorinstanz vom 20. Oktober 2016 aufgehoben und die Angelegenheit zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 10'000.– werden in der Höhe von Fr. 7'500.– der Beschwerdeführerin, in der Höhe von Fr. 800.– dem Beschwerdegegner 1 und in der Höhe von 1'700.– dem Beschwerdegegner 2 zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auferlegt.

Der von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 10'000.– geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 2'500.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Die Beschwerdeführerin hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

Die den Beschwerdegegnern anteilmässig zur Bezahlung auferlegten Verfahrenskosten sind innert 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung der Einzahlungsscheine erfolgt mit separater Post.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 1'500.– zugesprochen. Diese ist ihr im Betrag von Fr. 500.– vom Beschwerdegegner 1 und im Betrag von Fr. 1'000.– vom Beschwerdegegner 2 nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner 1 (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner 2 (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Bandli

Benjamin Kohle

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: